


VELUT
ARBOR
ÆVO



# Theorie

des

# Gemeinen Civilrechts.

---

# Theorie

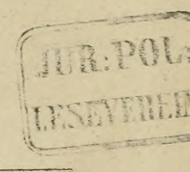
des

# Gemeinen Civilrechts.

Von

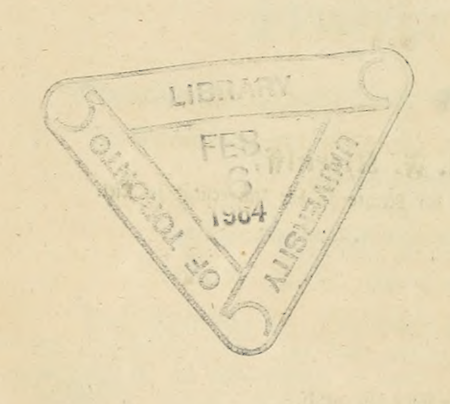
Dr. J. F. Kierulff,
außerordentlichem Professor der Rechte an der Universität zu Kiel.

Erster Band.




Altona,
bei Johann Friedrich Hammerich.

1839.


LIBRARY
FEB
6
1964
UNIVERSITY
OF TORONTO

Seiner Excellenz

dem

Herrn geheimen Conferenzrath

# Spies,

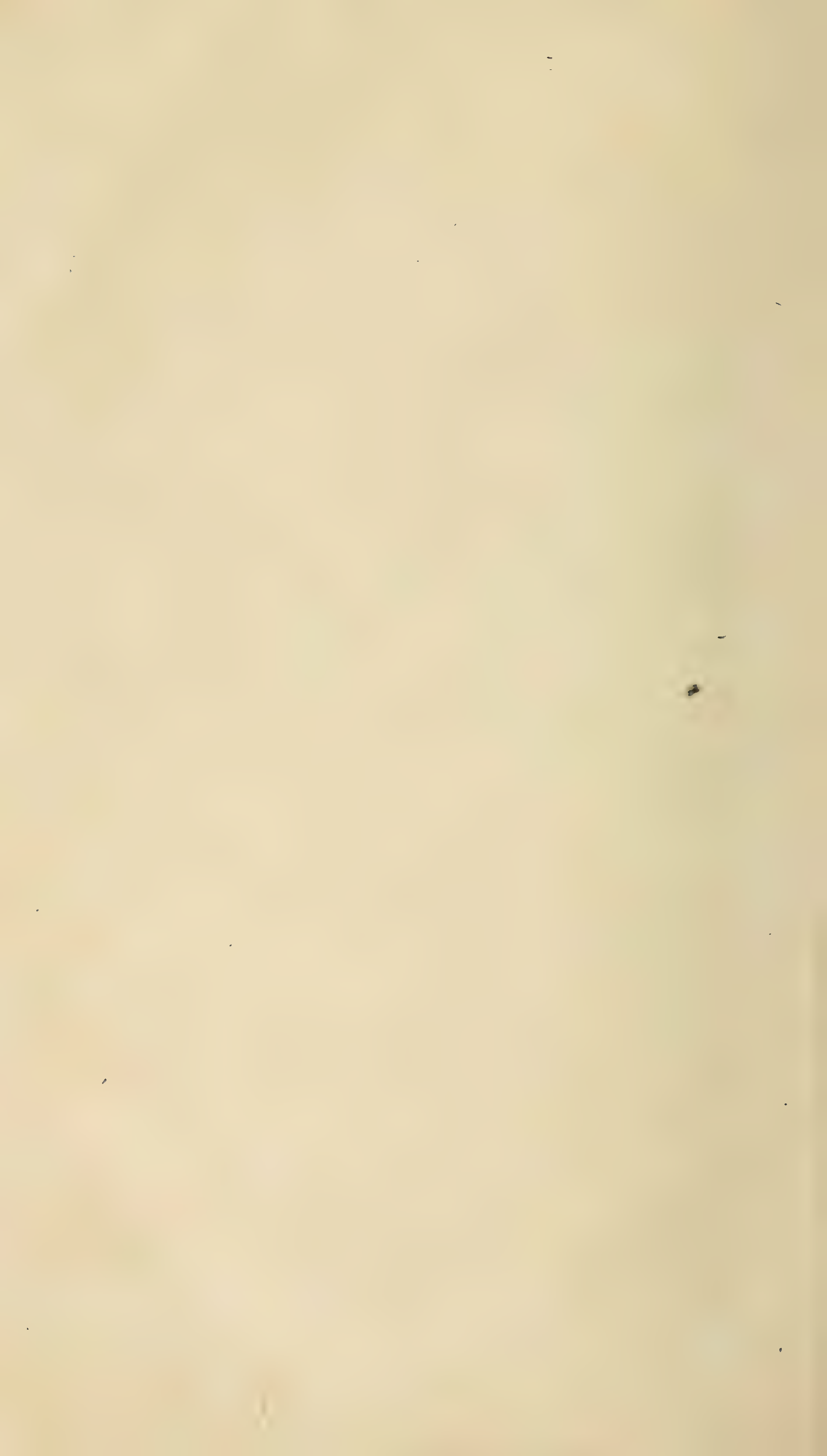
Präsidenten der Schleswig-Holsteinischen Regierung,
Großkreuz vom Dannebrog u. s. w. u. s. w.

widmet dieses Werk

ehrerbietigst

der Verfasser.

Was der Verfasser über den Plan und das Verhältniß dieses Werks zur gegenwärtigen civilistischen Litteratur zu sagen hat, wird der Leser in der nächstfolgenden Einleitung finden. Im Uebrigen wird man aus der nämlichen Einleitung ersehen, wie wünschenswerth es dem Verfasser seyn muß, wenn sich viele und auf die Sache eingehende Urtheile über dieses Werk ihm kund geben.



# Allgemeine Einleitung.

Diese Einleitung bezweckt die Erläuterung des Begriffes der Theorie des gemeinen Civilrechts, und soll zeigen, daß der Versuch, einen von den gangbaren Vorstellungen abweichenden Begriff aufzustellen und durchzuführen, kein willkührliches Unternehmen ist, sondern dem eigenthümlichen Entwicklungsgange der deutschen Jurisprudenz, und dem practischen Bedürfniß der Gegenwart entspricht. Sie beabsichtigt aber nicht, eine Geschichte der deutschen Jurisprudenz zu liefern, und wird sich deshalb darauf beschränken, nur die wesentlichsten Momente hervorzuheben.

Vor dem funfzehnten Jahrhundert hatte in Deutschland die Anwendung des in der Justinianeischen Compilation enthaltenen Rechts *) nur eine geringe Ausdehnung. Diese locale und vereinzelte Praxis ging aus von den römischen Doctoren, welche durch das Studium dieses Rechts eine juristische Bildung erworben hatten, und in ihrer Stellung als Richter es sich angelegen seyn ließen, einzelnen Sätzen dieses Rechts, wo sie es vermochten, Eingang zu verschaffen. Aber die Gelegenheit, welche sich hierzu bot, war nur gering, weil damals nur einzelne höhere Landesgerichte mit solchen gelehrten Juristen theilweise besetzt wurden, und das Ansehn des auf deut-

---

*) Wir handeln hier vorzugsweise nur von diesem, nicht von dem Kanonischen Recht und den Reichsgesetzen, obwohl diese, wenn auch weniger wichtig, ebenfalls Quellen des gemeinen in Deutschland geltenden Civilrechts genannt werden müssen.

schen Gewohnheiten beruhenden Rechts noch ungeschwächt, und seine Geltung als gemeine Gewohnheit noch unbezweifelt war. Eine selbständige Theorie des aus den fremden Quellen entlehnten Rechts gab es in Deutschland noch gar nicht. Das Wissen dieses Rechts hatten nur Diejenigen, welche es zugleich anwandten, und nur so, wie sie es durch fremde Doctrin, aus der Glossatorenschule und den Schriften ihrer Nachfolger, erlernt hatten. Mit dem Aufblühen der Universitäten seit dem funfzehnten Jahrhundert begann zwar eine eigene Rechtstheorie, aber durchaus nicht ihres Stoffes mächtig, und unfähig, aus der Natur desselben von innen heraus das Anwendbare vom Unpractischen zu scheiden, mußte sie für die Ausbreitung eines Grundsatzes sorgen, welcher sie der Nothwendigkeit überhob, sich in den Besitz eines Maaßstabes für die Practikabilität des Rechts zu setzen. Dieser Grundsatz lautete dahin, daß der gesammte Inhalt des Justinianeischen Gesetzbuches als ein gemeines (und zwar einzig gemeines) in Deutschland anwendbares Recht gelten müsse, so lange nicht der Beweis geführt werde, daß durch partikuläre Landesgesetzgebung oder lebende Gewohnheit ein diesem Recht widerstreitender Satz sanctionirt worden sey. Dieses Dogma wurde nun freilich in der Theorie allgemein herrschend, und auch durch die Reichsgesetzgebung die gemeine Gültigkeit des Justinianeischen Rechts bestätigt, aber die Praxis fühlte bald, daß die Anwendung und Anwendbarkeit dieses Rechts durch jenes Dogma allein sich nicht bestimmen lasse. Verlassen von der Theorie, welche außer Stande war, ihr eine Belehrung darüber zu geben *), mußte sie nun theils durch eigenen Tact das herausfinden, was einer Anwendung auf die in Deutschland vorhandenen Verhältnisse fähig war, theils auch auf die Territorialgesetzgebung sich stützen, welche in ihren Landrechten, Gerichtsordnungen und Statuten sich zum Hauptziel setzte, das practische gemeine Recht zu bezeichnen. Diese Arbeiten der Legislation waren aber zu dürftig, um die Praxis ausreichend zu instruiren, daher diese

*) Die Schriften eines Tengler (Laienspiegel 1509) und Sebastian Brandt (richterlicher Klagspiegel 1516) reichten hierfür nicht aus, obgleich sie für Practiker bestimmt waren, und von diesen mit Eifer gelesen wurden.

begreiflich in mannichfache Irrungen im Gebrauch des Justinianeischen Rechts verfallen mußte. Die häufigen Klagen patriotischer Männer über den Mißbrauch jenes Rechts waren gerecht, aber bei einem solchen Zustand wirkungslos. Die Praxis des gemeinen Rechts breitete sich inzwischen über ganz Deutschland aus, seitdem die Reichsgerichte und höheren Landesgerichte mit gelehrten Räthen besetzt wurden, in den Stadtgerichten der Einfluß des dem Stadtrath zugesellten gelehrten Syndicus sich geltend machte, und die Sitte allgemein wurde, von den juristischen Facultäten, wie ehemals von den Oberhöfen, Rechtsbelehrungen einzuholen. Eine Einheit und Uebereinstimmung in diesen practischen Gebrauch des gemeinen Rechts zu bringen, gelang erst später den Bemühungen der (vorzugsweise s. g.) Praktiker, welche es sich zum Geschäft machten, das in Deutschland allgemein gebräuchliche Recht in ihren Schriften zu bezeichnen. Die Theorie als solche verhielt sich passiv und receptiv. Sie empfing ihren Stoff von der Auctorität der Glossatoren, und verstand und behandelte denselben nach der Auctorität des Kaisers Justinian. Sie bearbeitete nämlich vorzugsweise nur dasjenige in der Justinianeischen Compilation enthaltene Recht, was schon von den Glossatoren mit der Glosse versehen worden war, und dieses Recht galt ihr als ein unmittelbar von Justinian ausgegangene Gesetzgebung. Ihre Arbeit beschränkte sich daher darauf, nach dem Willen des Kaisers die verschiedenen Theile dieser Legislation in Einklang zu bringen, und es begann nun auch in Deutschland die Jahrhunderte lang fortgesetzte Bemühung, diesen Justinianeischen Willen durchzusetzen, und eine Einheit in die von Grund aus disparaten Elemente seiner Legislation zu bringen. Die Theorie suchte durch unmittelbare Exegese der einzelnen in den Quellen enthaltenen Stellen das Verständniß des Justinianeischen Rechts zu gewinnen, und zu verbreiten, und diese Exegese war gestützt auf die breite Basis solider Belesenheit in den Quellen, auf die durch Fleiß gewonnene massenhafte Kunde der Einzelheiten.

Der Gang, welchen die Rechtsentwicklung in Deutschland genommen, bildet den schärfsten Gegensatz zu der des römischen Rechts. Im römischen Staat überlieferte die Gesetzgebung der Jurisprudenz ein höchst einfaches, aber bildungsfähiges Mate-

rial, dessen Verarbeitung diese unternahm. Ihr verdankt das römische Recht die Fülle, Mannichfaltigkeit und Gediegenheit seines Inhalts, wovon die in den Pandecten Justinians uns aufbehaltenen dürftigen Reste Zeugniß leisten. Die römische Praxis konnte bei einer solchen Lebendigkeit der Theorie doch fest und sicher bestehen, denn es fehlte in Rom nie an wohlberechneten Mitteln, die aus den Operationen der Doctrin beständig hervorgehenden Divergenzen auf ein einfaches für die Praxis brauchbares Resultat zurückzuführen. Erst als die lebendige Production der römischen Jurisprudenz aufgehört hatte, verfiel man, um der Praxis zu Hülfe zu kommen, auf die äußerlichen Mittel des Sammelns, Excerpirens u. s. w., von welchen Unternehmungen das großartigste Beispiel grade die Justinianeische Compilation bietet. Deutschland dagegen beginnt in dem Zeitalter, wo die ersten Anfänge einer juristischen Reflection und Doctrin hervortreten, mit der Aufnahme und dem Anlernen eines gewaltigen Stoffes, und das Ziel des deutschen Geistes ist, über diesen die intellectuelle Herrschaft zu erringen. Vom achtzehnten Jahrhundert an regt sich das lebhafte Gefühl des Drucks, die Sehnsucht nach der Befreiung, und es tritt das Streben hervor, Einfachheit und Klarheit in die Masse zu bringen. Nicht, als wenn diese Versuche in vollem Bewußtseyn des Mangels und mit bedachter Wahl der Mittel unternommen worden wären; nur das allgemeine Gefühl der Unbefriedigung des vorhandenen Rechtszustandes trieb successiv die Erscheinungen hervor, welche übersichtlich im Folgenden betrachtet werden sollen. Dem practischen Bedürfniß kam man zuerst innerhalb der Sphäre entgegen, welche bis dahin von jenem Dogma der absoluten Gültigkeit des Justinianeischen Rechts strict beherrscht worden war. Die Theorie suchte hier das Verständniß des Rechts nicht mehr durch die bloße Quellenexegese zu erwerben und zu geben, sondern strebte schon, durch sich selbst eine Einheit zu finden, welche in dem Stoff selbst unmittelbar sich nicht darbot. Man sonderte nun einzelne Massen, und stellte aus den verschiedenen Theilen der Justinianeischen Gesetzgebung das zusammen, was seiner Natur nach verschiedenen Principien unterworfen ist. So ward nun das Criminalrecht, der Proceß, das Privatrecht in besonderen Büchern bearbeitet, und in besonderen Vorlesungen gelehrt, das

Privatrecht freilich zunächst noch äußerlich gebunden an die Titelfolge der Justinianeischen Pandecten und Institutionen. Das durch die recipirten Rechte auf bloße partikuläre Geltung zurückgedrängte, aus einheimischen Gewohnheiten hervorgegangene Recht fand nun auch seine Vertreter und Bearbeiter, welche nach und nach versuchten, es durch Doctrin wieder zu dem Rang und Werth eines gemeinen Rechts zu erheben. Endlich begannen jetzt auch in Deutschland die ersten bedeutenderen Versuche eines Studiums der Geschichte des römischen Rechts, aber durchaus noch im Dienst der Theorie, nämlich lediglich in der Absicht, dadurch die Mittel zum tieferen und inneren Verständniß des Justinianeischen Rechts sich zu verschaffen. Aber durch alles dieses wurde der Grundsatz der unbedingten gemeinen Gültigkeit dieses Rechts noch gar nicht afficirt. Erschüttert wurde die Herrschaft dieses Satzes erst durch die theoretischen und practischen Tendenzen, welche am Ende des achtzehnten und zu Anfang des neunzehnten Jahrhunderts hervortraten, indirect durch die naturrechtlichen Theorieen, direct durch die legislativen Reformen, welche in den bedeutendsten Ländern Deutschlands unternommen wurden. Das Naturrecht, schon lange im Geist der abstracten Philosophie behandelt, trat zu jener Zeit in seiner höchsten Ausbildung und Schärfe hervor. Erleuchtete Geister der deutschen Nation machten sich hier los von den Fesseln, welche lange unmuthig, aber ohne die Kraft, sich ihrer zu entledigen, getragen worden waren. Sie traten in der Sicherheit und Kühnheit, welche die auf sich selbst vertrauende Wissenschaft gewährt, mit der Behauptung hervor, daß dieser ganze positive Stoff, welcher ursprünglich fremd und bloß angelernt, Jahrhunderte lang die Nation unterjocht gehalten, abgeworfen werden könne und müsse. Der Staat bedürfe zu einem wohlgeordneten Rechtszustande alles historischen erfahrungsmäßigen Materials nicht, denn der subjective Geist selbst vermöge lediglich aus sich das Recht an sich, das ewige Recht zu erkennen, welches den unendlichen Maaßstab für allen historisch gegebenen Stoff bilde, der erst nach ihm und durch ihn geläutert werden müsse. Aus einem höchsten der reinen Vernunft entnommenen Princip lasse sich die Gesammtheit des ewig gültigen an Zeit und Ort nicht gebundenen Rechts deduciren, welches von dem Gesetzgeber eines jeden historisch

wirklichen Staats realisirt werden müsse. So glaubte man ein innerlich zusammenhängendes System von Rechtsgrundsätzen schaffen zu können, welches auch dem Richter als unfehlbare Quelle seiner Entscheidungen dienen könne. Man stellte hiernach an die Legislation die Fordrung, für die Abfassung eines Gesetzbuches Sorge zu tragen, worin das ganze im Staat anzuwendende Recht begriffen, und mit möglichster Bestimmtheit und Klarheit dem Richter vorgeschrieben wäre, damit dieser, durch theoretische Zweifel nicht beunruhigt, für alle vorkommenden Fälle in demselben ausreichende und passende Bestimmungen antreffen könne. Das Recht im ganzen Umfang eines Staats solle auf möglichst gleichmäßigen Grundsätzen beruhen, und der Inhalt dieser bis ins feinste Detail ausgeführt und dargelegt werden. Finde sich dann noch für die Praxis eine Lücke in der Gesetzgebung vor, so bleibe dem Richter immer noch als subsidiäre Entscheidungsquelle der Inhalt des Naturrechts. Als ein dieser naturrechtlichen Theorie coordinirtes Product des nämlichen Grundtriebes, welcher die damalige Zeit beherrschte, ist die bedeutende legislative Thätigkeit zu betrachten, welche zur selbigen Zeit die Regierungen der größeren Territorien Deutschlands entwickelten. Die bisherigen selbst größeren Landesgesetzgebungen, z. B. der codex bavaricus civilis von 1756, bestanden bloß in Aufzeichnung und neuer Anordnung der gangbarsten schon geltenden Rechtsbestimmungen. Dagegen hatten die lange vorbereiteten und reiflich erwogenen Gesetzbücher, welche successive in Preußen (1794) und Oesterreich (1811) publicirt wurden, den Zweck, das gesammte Recht, welches in diesen Staaten als gemeines Recht zur Anwendung kommen sollte, zu befassen, und an die Stelle des alten auf der Justinianeischen und Kanonischen Rechtssammlung, und den deutschen Reichsgesetzen beruhenden gemeinen Rechts zu setzen. Beide Codificationen hatten übereinstimmend die Tendenz, umfassende Normen für die ganze Sphäre des Rechts zu sanctioniren, und insbesondere beabsichtigte die Preußische Legislation, durch detaillirte Ausführung aller Einzelheiten möglichst jedem practischen Bedürfniß abzuhelfen. Hierdurch verlor nun zwar das alte gemeine Recht seine frühere unmittelbare Gültigkeit für ganz Deutschland, aber man fuhr dennoch fort, es ein gemeines Recht Deutschlands zu nennen, und zwar der Sache

nach mit vollem Recht, weil ein Haupttheil des Stoffes jener neueren Gesetzgebungen aus Ansichten, welche über Sätze des gemeinen Rechts zur Zeit der Abfassung der Gesetzbücher in der Doctrin die herrschenden waren, hergenommen, oder doch wenigstens von den Verfassern aus Grundsätzen, welche auch das gemeine Recht schon kannte, abgeleitet war. Die Veränderungen, welche in diesem Zeitraum die Theorie des gemeinen Civilrechts selbst erfuhr, betrafen unmittelbar nur die äußere Behandlung des Stoffes, indem man sich von der Justinianeischen Titelfolge lossagte, und eine systematische nach freigewählten leitenden Gesichtspunkten geregelte Anordnung versuchte. Hierdurch gelangte man freilich von selbst dahin, eine durch Justinians Auctorität nicht unbedingt gefesselte über den Stoff frei herrschende Subjectivität anzuerkennen. Auch wurden manche Stimmen laut, welche die Unausführbarkeit des alten Dogma, wornach dieses ganze Recht als eine von Justinian selbst ausgegangene Schöpfung und als eine wirkliche Einheit angesehen werden soll, aussprachen, und die Ansicht vernehmen ließen, daß diese Legislation vielmehr ein innerlich unzusammenhängendes, bloß durch den Machtspruch Justinians nothdürftig zusammengehaltenes Aggregat von Einzelheiten sey. Allein dennoch wagte man es nicht, sich diesem Machtspruch zu entziehen, und zu der Einsicht sich zu erheben, daß jener Wille und Ausspruch des Kaisers bloß eine durch den Rechtszustand seiner Zeit bedingte, durch die Oberflächlichkeit und Unmündigkeit der damaligen Jurisprudenz nothwenig hervorgerufene Maaßregel war. Das wesentliche Bestreben der gemeinen Theorie ging demnach nach wie vor dahin, die nach der Natur der Sache nothwendig immer neu sich erhebenden Widersprüche zwischen den verschiedenen Theilen der Justinianeischen Compilation auf irgend eine Art zu tilgen.*). Die Praxis

*) Man hat alles nur mögliche versucht, um nach jenem Grundsatz das Justinianeische Recht practikabel zu machen. Die Bekanntschaft mit den Regeln, welche die deutsche Doctrin über die Vereinigung widerstreitender Theile des Justinianeischen Gesetzbuchs aufzustellen pflegt, wird hier im Allgemeinen vorausgesetzt. Man findet sie, wie die Geschichte der Justinianeischen Compilation, heutzutage in jedem Institutionencompendium. Jedoch betreffen diese nur die Hülfsmittel im Groben und Großen. Die feineren Winke dagegen, welche man her-

konnte bei diesem Wust von Controversen, welche lediglich dem Festhalten jenes alten Dogma ihr Daseyn verdanken, nichts

---

meneutische Regeln für die Exegese des Corpus juris zu nennen pflegt, werden besonderen Vorlesungen und Schriften überlassen, oder auch beiläufig im Pandectenrecht bei Behandlung einzelner Streitfragen erwähnt. Diese Regeln laufen hauptsächlich darauf hinaus, zunächst, weil der Wille Justinians das entscheidende Princip ist, jede Stelle möglichst durch Beziehung auf die Rubrik des Titels, in welchen sie von den Compilatoren gestellt ist, zu verstehen, mithin sie als Justinianeisches Gesetz, und nicht als theoretische Ansicht eines römischen Juristen, oder als legislatorischen Ausspruch dieses oder jenes römischen Kaisers zu behandeln, ferner aber darauf zu achten, daß sich häufig von zwei widerstreitenden Stellen die eine als Regel, die andere als Ausnahme, die eine als oberflächliche Bestimmung, die andere als feinere Distinction auffassen lasse. Sind diese Hülfsmittel unanwendbar, so nimmt der Interpret seine Zuflucht zur Wahl einer, der eigenen Ansicht am besten anpassenden Lesart aus den in der Regel reichlich vorhandenen Varianten verschiedener Manuscripte, und reicht das auch nicht aus, so greift man zur Conjecturalkritik. Für solche Fälle, wo Stellen aus den Pandecten und dem Codex einander widerstreiten, empfehlen Einige das Mittel, immer die Codexstelle als den eigentlichen Willen Justinians anzusehen, und also vorgehen zu lassen, weil der Codex später publicirt worden; Andere, welche erinnern, daß der Kaiser eigentlich seine ganze Gesetzgebung als eins betrachtet wissen will, (der codex vetus enthielt die leges, die Pandecten die jura, beide zusammen den Inbegriff des practischen Rechts; der codex repetitae praelectionis ist aber seinem Hauptwesen nach nur eine secunda editio des alten, folglich sein Verhältniß zu den Pandecten in demselben Sinn aufzufassen), geben den Rath, die widersprechende Pandectenstelle in der Regel als bloße antiquarische Notiz, als historisches Material anzusehen, welches die Compilatoren entweder absichtlich, um durch Hinweisungen auf den Zusammenhang mit dem alten Recht das Studium des practischen zu erleichtern, oder aus Versehen stehen gelassen hätten u. s. f. Es leidet keinen Zweifel, daß man bei solchen Bemühungen durchaus im Sinne des Kaisers Justinian und den damaligen Bedürfnissen angemessen handelt, auch in Deutschland, so lange hier das alte Dogma in der Meinung Aller unerschüttert war, für die Praxis vielleicht manches Dankenswerthe dadurch geleistet worden ist. Aber unserem Zeitalter entsprechen solche Mittel, welche den Stoff nur auf der Oberfläche berühren, nicht mehr. Oberflächlich wird man aber diese Mittel allerdings nennen müssen, denn:

a) Wenn Justinians Wille als das einzige Regulativ des Verständnisses gilt, so muß jede einzelne Stelle lediglich als unmittelbares Ju-

anderes thun, als blindlings eine Ansicht herausgreifen, und der traditionellen Auctorität dieses oder jenes juristischen Schriftstellers sich unterwerfen.

---

stinianeisches Gesetz, und darf nie als ein durch römische Doctrin gewonnenes Resultat behandelt werden. Eine Stelle interpretiren, ist hiernach, und darf hiernach nichts weiter seyn, als das, was dem Resultat nach unmittelbar in der Stelle ausgesprochen und da zu finden ist, verstehen, und jeder Versuch, den Geist der Sache selbst zu fassen, d. h. zu untersuchen, wie der römische Jurist selbst durch juristische Interpretation zu einem solchen Ausspruch gekommen, von welchen Principien er dabei ausgegangen, ob sein Ausspruch nach diesem Princip consequent gehalten sey, oder nicht, muß hiernach nicht nur als bloße historisch-antiquarische Bemühung, sondern auch als practisch gefährlich und vom Sinne Justinians ableitend angesehen werden. Der Geist, welcher hier gesucht werden darf, ist bloß der Wille des Kaisers, und dieser als unmittelbarer legislatorischer Wille ist selbst Princip, und darf nicht mehr als ein bloß durch Jurisprudenz Abgeleitetes behandelt werden. Die s. g. elegante geistreiche Behandlung der Quellen ist nicht zu retten, wenn sie daneben noch jenes alte Dogma festhalten will. Man sieht ihr die Lust an, davon abzufallen, aber sie wagt es nicht, ihm direct entgegenzutreten: daher das Schwankende und Unsichere in dieser doctrinellen Behandlung, die der Praxis, welche Entschiedenheit fordert, nicht genügen kann.

b) Jene Anweisung, Stellen des Corpus juris, womit man eben nichts anderes anzufangen weiß, ohne weiteres als antiquarische Notizen zu behandeln, verdeckt nur die Verlegenheit der Interpreten, welche sich in ihrem juristischen Gewissen gedrungen fühlen, das alte Dogma und die Einheit der Justinianischen Legislation zu retten, und doch die Unmöglichkeit recht wohl erkennen, dies so ganz auszuführen. Uebrigens wird wohl Jeder die Oberflächlichkeit einer solchen Methode, das Practische von dem Unpractischen in dem Corpus juris zu sondern, zugeben, und einsehen, daß nur durch tiefes Eindringen in den Stoff eine solche Sonderung bewerkstelligt werden kann.

c) Muß man jede Stelle als ein Justinianeisches Gesetz behandeln, so darf man sie nur als unmittelbaren Grundsatz, und nicht als juristische Consequenz aus Grundsätzen gelten lassen, und darf nicht nach den juristischen Gründen eines Satzes forschen, sondern wird nothwendig dazu getrieben, nach den legislativen Nützlichkeitsgründen zu fragen. Daher in unserer Litteratur die Sitte des unjuristischen Rathens und Meinens über die Gründe, welche Justinian als den fingirten Verfasser einer fraglichen Stelle bewogen haben, die Norm zu erlassen. Ferner müssen auch verschiedene Stellen z. B. der Pandecten als eben so viele Justinianeische Gesetze ihrem juristischen Rang

Gegen jene Tendenzen des Naturrechts, der Codificationen, und der vorzugsweise s. g. practischen Methode der Behandlung des gemeinen Civilrechts erhob sich hierauf eine Richtung, welche man mit dem Namen der historischen Schule zu bezeichnen pflegt. Sie ging ebenfalls hervor aus dem allgemeinen Drang des Zeitalters, ein Heilmittel für den vorhandenen Rechtszustand zu finden. Aber sie verwirft die Grundsätze des Naturrechts als bloße inhaltslose Abstractionen und fordert, daß überhaupt der Versuch aufgegeben werde, aus der bloßen Natur des subjectiven Geistes den Rechtsstoff zu deduciren, und durch solche willkührlichen Abstractionen den lebendigen Zusammenhang des Rechts, wie er in der Wirklichkeit aus der Wurzel früherer Zustände und Verhältnisse sich herausgebildet hat, zu zerreißen. Sie verwirft jene Gesetzbücher als unreife Versuche, welche nur dann die Bürgschaft des Gelingens hätten, wenn die Jurisprudenz durch tieferes Eindringen in den Geist des vorhandenen Rechts einen genügenden Grad der Reife und Vollendung erlangt haben würde. Sie dringt darauf, daß man durch Erforschung der historischen Grundlagen des in Deutschland herrschenden Rechts, insbesondere durch die Erkenntniß des Wesens und der Methode der römischen Jurisprudenz sich erst befähige, selbständig schaffend im Gebiet des Rechts aufzutreten. Die von dem Einfluß die-

---

nach präsumtiv einander gleichstehen, und widersprechen sie sich, so dürfen sie nicht als verschiedene Ansichten und Interpretationen verschiedener römischer Juristen aufgefaßt werden (denn der Kaiser ist der Redende, und der kann und will sich ja nicht widersprechen), sondern es bleibt in der Regel keine andere Auskunft übrig, als vorauszusetzen, daß der Gesetzgeber die verschiedenen Stellen in dem Verhältniß von Regel und Ausnahme verstanden wissen will. Hierdurch ist es denn geschehen, daß unsere civilistischen Lehr- und Handbücher ganz voll sind von angeblichen Ausnahmen und Singularitäten, welche die Regel des Rechts fast überflüssig machen, das Rechtsstudium zu bloßer Auswendiglernerei herabwürdigen, dem Ganzen das Ansehn von Willkührlichkeit und Principlosigkeit geben, und endlich die practische Handhabung des Rechts sehr unsicher und beschwerlich machen. Aber man darf nicht vergessen, daß die Annahme solcher Singularitäten meistens nur nothwendig geworden ist durch die Voraussetzung und das Präjudiz der Nothwendigkeit jenes Dogma, von dem wir bisher gehandelt haben.

ser neuen Richtung durchdrungene civilistische Doctrin bezeichnet als einen Mißbrauch jede practische Gestaltung des gemeinen Rechts in Deutschland, welche nicht mit dem Wort und Geist der Justinianeischen Gesetzgebung übereinstimmt. Denn diese Richtung tritt auf als eine Reformation des Rechts, welche jene ursprüngliche unverfälschte Quelle als alleinige Norm der juristischen Ueberzeugung und der juristischen gemeinen Praxis gelten lassen will. Die Interpretation dieser Quelle soll aber unterstützt werden durch Erforschung des Sinnes der Stellen, welchen die ursprünglichen Verfasser derselben beabsichtigt haben. Darum fordert sie zum geschichtlichen Studium des römischen Rechts auf, und erkennt als letztes Ziel dieser Rechtsgeschichte die Aufhellung des practischen Justinianeischen Rechts an. Darum endlich müsse der Rechtsunterricht vor Allem darauf bedacht seyn, jedem Juristen das eigene Studium der Quellen anzuempfehlen, und Jeden möglichst in das unmittelbare Verständniß derselben einzuführen.

Diese historische Richtung verläßt nicht minder, als jene naturrechtliche Theorie, den practischen Boden der Gegenwart. Sie hält fest am positiven Stoff, aber dieser Stoff ist seinem größten Theil nach todtes Material, welches außer lebendigem Zusammenhang steht mit dem Recht der Gegenwart. Sie strebt nach Verbesserung des gegenwärtigen Rechtszustandes, und will, daß diese in organischer Weise von innen heraus geschehe; aber, wie jenes Naturrecht ziel- und haltlosen unbestimmten Idealen nachjagt, schiebt auch sie den Schauplatz der selbständigen Thätigkeit in unbestimmte Ferne, denn sie verlangt, daß die deutsche Nation, welche doch seit Jahrhunderten, sollte man meinen, hinreichende Geduld und Geschicklichkeit im Fache des Lernens beurkundet hat, erst aus fremdem Reichthum die Mittel zu einer productiven Thätigkeit im Gebiet des Rechts sich aneigne. Dies Princip, welches nicht will, daß unmittelbar Hand ans Werk gelegt werde, sondern den deutschen Geist in den Schwebezustand des bloßen Suchens und Strebens nach dem Anfang bannt, hat eine civilistische Doctrin geschaffen, welche unentschieden schwankt zwischen Theorie und Geschichte, und sich von der Praxis eben so entfernt hält, als jenes Naturrecht. Diese civilistische Litteratur, welche sich durch Quellenforschung auszeichnet, aber nur gelten lassen will, was in der

lauteren Quelle des Justinianeischen Rechts sich findet, vergißt, daß eben dieses Recht nur durch die Praxis in Deutschland Eingang gefunden, und nur so, wie es die Praxis gestaltet, und nur das, was durch sie lebendes Recht geworden ist. Sie prätendirt, daß jede neue Entdeckung, welche ein Civilist aus irgend einem vergessenen Winkel des **Corpus juris**, aus irgend einer Novelle, von welcher in der deutschen Praxis nie die Rede gewesen ist, macht, bloß darum, weil sie aus dieser Quelle gemacht ist, von der Praxis sofort angenommen und realisirt werden solle. Sie erwägt nicht, daß dies so unhistorische als unpractische Bestreben, die deutsche besondere Gestaltung des gemeinen Rechts zu läugnen, und dasselbe auf den Justinianeischen Standpunkt absolut zu fixiren, jeden lebendigen Fortschritt des Rechts hemmt, welchen zu fördern, sie doch selbst die Absicht hat. Die Kluft, welche zwischen Theorie und Praxis ohnehin schon breit genug war, ist dadurch um ein Beträchtliches erweitert worden, und die Sache nachgrade dahin gediehen, daß dem Praktiker „theoretisch" und „unpractisch" für gleichbedeutend gilt, und daß die ungeheure Begriffsverwirrung eingerissen ist, wornach man es ganz in der Ordnung findet, die nämliche juristische Leistung theoretisch gut, aber unbrauchbar für die Praxis zu nennen. Die allgemeine Empfehlung des Studiums der Quellen und der Rechtsgeschichte als eines Mittels, der Verwirrung und Unklarheit ein Ende zu machen, ist vortrefflich gemeint; aber man bedenkt dabei nicht, daß nicht jeder Jurist die erforderliche Zeit hat, um auf eigene Hand die Sache von vorne anzufangen, und nicht jedem, auch dem ausgezeichnetsten Praktiker das besondere (nicht juristische, sondern historische) Talent gegeben ist, das wesentlich eigenthümlich Römische der im **Corpus juris** enthaltenen Bestimmungen herauszufinden, und sich dadurch in den Stand zu setzen, das noch heutzutage Practikable zu unterscheiden. Das Ersprießliche, was die bezeichnete Richtung für die Gegenwart geleistet hat, ist insbesondere die Beförderung der Einsicht, daß Gesetze allein den Mängeln des Rechtszustandes nicht abzuhelfen vermögen, sondern dies nur dem Zusammenwirken einer auf ihr eigenthümliches Gebiet weise sich beschränkenden Legislation, und einer lebendigen kräftigen Theorie gelingen kann. Die naturrechtliche Tendenz hat ihrerseits dem deutschen Geist das

Bewußtseyn gegeben, durch freie schaffende That den Stoff für die practische Handhabung des Rechts bereiten zu können, und ihm die Kühnheit verliehen, über den fixen Punct unlebendiger festgehaltener Dogmen hinwegzuschreiten. Aber die Erfolglosigkeit der Resultate ihrer kurzen glänzenden Herrschaft hat ihre Blöße aufgedeckt, und bewiesen, daß sie selbst mit ihrem inhaltslosen Princip auch nur zu inhaltslosen Consequenzen zu gelangen vermochte, welche der wirklichen Praxis nichts leisteten. Die Codificationen endlich haben das Vertrauen erweckt, daß es unserem Zeitalter vorbehalten ist, auch im Felde der Legislation Großes zu leisten, aber die bisherigen Productionen gingen aus von unklarem Bewußtseyn über die Stellung und Aufgabe der Gesetzgebung im heutigen Staat, welches die Verfasser weit über die Gränzen der legislativen Sphäre hinausgeführt hat. Wenn eine Legislation aus übertriebener Vorsorge für den Richter, welche zugleich entschiedenes Mißtrauen in die Fähigkeiten desselben voraussetzt, es unternimmt, die feinsten Detailbestimmungen aufzustellen, und bestimmte, entweder schon vorhandene oder durch eigene Entwicklung gefundene, Ansichten als ausschließlich gültig zu sanctioniren, so ist die unvermeidliche Folge, daß sie, welche hier auf diesem Gebiet freier Interpretation das Geschäft einer gewöhnlichen Jurisprudenz übernimmt, auch wie eine gewöhnliche Jurisprudenz in Inconsequenzen und Irrthümer verfallen kann, wodurch sie ihre eigene Würde beeinträchtigt, die freie Bewegung der Theorie hemmt (der sie dafür die untergeordnete Arbeit zumuthet, ihre verschiedenen Aussprüche mit einander zu vereinigen, Widersprüche und Lücken ausfindig zu machen u. s. w.), und genöthigt wird, ihren Mißgriffen, Unbestimmtheiten und Mängeln durch zahllose Declarationen, Rescripte, Erlasse aller Art abzuhelfen. So geschieht es denn, daß die Unbestimmtheit und Unklarheit des Rechts, welche aufzuheben ihr Zweck war, hinterher wiederum durch sie selbst hineingetragen wird.

Das Bedürfniß und Verlangen der Gegenwart ist nicht, daß irgend ein bisher unerhörtes Recht neu ersonnen und aufgestellt werde, sondern daß die Vielheit des Rechts, welches wir schon haben, eine Einheit und dadurch Einfachheit und Klarheit werde. Einfachheit ist aber nicht dadurch zu errei-

chen, daß wir, wie das Naturrecht will, den vorhandenen Stoff von uns werfen, und aus dem reinen Ich einen neuen Stoff präpariren. Denn diese Einfachheit ist nur einfach aus Mangel und Armuth. Sie ist auch nicht dadurch zu erreichen, daß wir versuchen, von der vermeintlichen Künstlichkeit der Jurisprudenz uns ganz zu befreien, und in der Weise unserer Altvorderen nach dem Licht der Natur das Recht zu handhaben. Ihr Recht war einfach für einfache Zustände. Ein solches Recht ist für unser Zeitalter, an den Maaßstab der Fülle und Mannichfaltigkeit unserer Verhältnisse und Zustände gehalten, ebenfalls Armuth. Damals konnte das Recht noch bloß erfahren und durch bloße Uebung eine Fertigkeit in der Anwendung desselben erworben werden, und darum waren es die Erfahrensten und Weisesten, welche, aus dem Volk zu Richtern erwählt, das Recht fanden und wiesen. Aber in unserem Zeitalter der Theilung der Arbeit kann eben so wenig Jeder das Geschäft der Rechtspflege treiben, als sich Jeder seine Kleider und Schuhe selbst machen kann. Es gehört dazu ein mannichfaches Wissen, juristische Schule, und fortgesetzte Uebung, welches Alles voraussetzt, daß man die Handhabung des Rechts (als Gesetzgeber, Theoretiker oder Praktiker) sich zum Lebensberuf setzt. Wir können uns weder über die vorhandene Welt hinausphantasiren, noch uns zurückdatiren in die Zeit unserer Väter. Es handelt sich nicht um Verwirklichung unschuldiger jugendlicher Träume, sondern darum, daß wir für uns, wie wir einmal sind, durch uns, d. h. mit den Kräften, welche im Staat eben zu diesem Beruf bestimmt sind, bewußt und männlich die Organisation des Rechtszustandes unternehmen. Aber man bewerkstelligt dies nicht dadurch, daß man im Stadium des Lernens verharrend anderswoher die Reife zur That erwartet, übrigens aber der stillwirkenden Zeit das Beste überläßt, und auf einen bewußtlos von selbst sich ergebenden Fortschritt hofft. Wir halten dafür, daß das Zeitalter zum selbständigen Schaffen hinlänglich gereift ist, daß eine allseitige Thätigkeit für das gemeinsame Ziel schon wirklich lebendige Rechtsentwicklung ist, daß nach der Bildungsstufe unserer Zeit dies nur durch Bewußtseyn geschehen kann, und daß eben die durch das Bewußtseyn hindurchgehende Rechtsentwicklung geistiger Organismus ist. Besonnen müssen die Aufgaben ge-

stellt, die Mittel erwogen, die Ausführung versucht werden. Hier sind viele fehlgeschlagene Versuche nicht bloß möglich, sondern auch nothwendig, denn erst der Widerstreit der Kräfte, die Mannichfaltigkeit der Productionen wird dem deutschen Geist die eigenthümliche Virtuosität verschaffen, zu welcher er im Gebiet des Rechts berufen ist. Denn allerdings ist unsere Aufgabe eine andere, als die der römischen Jurisprudenz, und man täuscht sich durchaus, wenn man glaubt, das, wodurch sie sich ausgezeichnet, ihr ablernen und nachmachen, und dasjenige, dessen wir benöthigt sind, bei ihr finden zu können. Die römische Jurisprudenz hatte keine Doctrin zur Vorgängerin, keine Muster in einem umfangsreichen **Corpus juris** vorräthig; die Basis ihrer Operationen waren einfache gesetzliche Grundsätze, deren verborgenen Reichthum sie erst enthüllte. Aus dieser einfachen Grundlage, dem Object ihrer Interpretation, schuf sie erst originär die Vielheit des Rechts, daher ihre Arbeiten für uns so anziehend sind durch ihre Natürlichkeit und jugendliche Frische. Sie entscheidet sicher, und trifft, was die Praxis gebrauchen kann, aber sie sieht den Entscheidungsgrund nur in der Concretion eines bestimmten Falles, in der Anschaulichkeit eines Casus. „Sie ist im Besitz von Principien, deren Inhalt sie eben interpretirt, aber sie hat diese Principien nur im juristischen Tact, in der Unmittelbarkeit des Gefühls, und vermag darum nicht den Begriff bewußt zu erfassen und festzuhalten, und mit Klarheit und Sicherheit von ihm seine Consequenzen zu unterscheiden." Sie hat ihre Größe nur in der für die damalige Praxis vollkommen ausreichenden Besonderung des Rechts, nicht aber in allem demjenigen, was eine verstandesmäßige oder gar wissenschaftliche Auffassung des Rechts characterisirt. Unsere Jurisprudenz dagegen hat vor sich ein **Corpus juris**, und darin die römischen Muster, welche fast für das ganze civilisirte Europa die Schule juristischer Bildung geworden sind, und hierzu noch ferner dienen können und sollen. Sie kann ihre Originalität nur in der Organisation der Masse, der geistigen Bezwingung der vorhandenen Mannichfaltigkeit des Rechts, nur darin haben, daß sie überall aus der chaotischen Masse den principiellen Begriff fest und sicher hervorhebt, den ihm angehörigen Inhalt klar und distinct unterscheidet, und diesen Stoff verstandesmäßig be-

monstrirt. Die intellectuelle Reproduction des Rechts ist ihre Aufgabe, und darin kann sie ihre eigenthümliche Größe haben, kann aber auch hierfür unmittelbar nichts aus der Fremde lernen und entlehnen. Die römischen Quellen kann sie nicht benutzen, um ihre Operationen darnach zu machen, sondern nur, um bei Anderen die Zweifel an der Richtigkeit des Resultats zu beseitigen, und sich selbst, so lange sie noch nicht völlig sich vertraut, in dem Glauben an sich zu stärken. Hat diese Jurisprudenz erst ihre Schule gemacht, so fängt sie in ihrer selbständigen Arbeit nicht mit den Quellen an, sondern hört mit ihnen auf. Um aber dieses ihr Ziel zu erreichen, ist es nöthig, daß die Theorie des Rechts zur Erkenntniß ihres eigenen Wesens gelange, daß sie sich streng artikulire, und vor Vermischung hüte mit der Geschichte des Rechts und der Theorie der Gesetzgebung. Nur durch Beschränkung auf das ihnen angehörige Gebiet können sie insgesammt diejenige Vollendung erreichen, welche ein organisches Zusammenwirken zum gemeinsamen Ziel verbürgt. Die Theorie des Rechts hat zum Object die in einem bestimmten Staat zu einer bestimmten Zeit herrschenden Rechtsgrundsätze, d. h. diejenigen allgemein anerkannten einfachen und höchsten Normen, von welchen das gesammte Recht, welches in diesem Staat practisch zur Anwendung kommen soll, ausgehen muß. Es sind die ersten juristisch nicht deducirbaren Sätze (Principien), welche den Grund bilden zu dem Detail des Rechts, welches zur Entscheidung wirklicher Rechtsstreitigkeiten dient. Das Wesen, die That der juristischen Theorie ist Interpretation, d. h. Entwicklung des in jenem Grunde implicirten practischen Inhalts. Geleitet von den herrschenden Dogmen bringt sie zum Bewußtseyn das concrete Recht, die der Natur der im Staat wirklich vorkommenden Verhältnisse entsprechenden Normen (vgl. S. 18—36). Die Theorie ist Rath für die Praxis, und ist nur dann wirkliche Theorie, wenn sie vorbringt, was die Praxis gebrauchen kann, wenn sie das abstract auslegt und proponirt, was die Praxis concret realisirt. Die heutige Jurisprudenz ist nun entweder gemeine Rechtstheorie oder Theorie des partikulären Rechts. Die Theorie des gemeinen Rechts geht aus von Grundbegriffen, Principien, welche, gleichviel, ob ihre ursprüngliche Quelle das Justinianeische oder Kanonische Gesetzbuch, deut-

sche Gesetzgebung oder deutsche Praxis ist, in der Gegenwart eine allgemeine Anerkennung genießen, welche, ihrer Natur nach universell, die äußersten Einigungspunkte des sonst in den verschiedenen Territorien Deutschlands mannichfach divergirenden Rechts ausmachen, und der Theorie zu ihrer Verarbeitung einen durchaus praktikabelen Stoff überliefern. Diese Theorie gewinnt ihre Resultate durch freie Begriffsentwicklung, und vindicirt sich hierfür dieselbe Freiheit des Geistes, welche die Römische Jurisprudenz bewährt hat, übt dieselbe aber auf ihre besondere Weise aus: denn ihr Ziel ist zunächst nicht, den Rechtsstoff erst zu machen, sondern durch Begriffsinterpretation die vorhandenen zerstreuten Einzelheiten in ihrem Zusammenhang mit den practischen Grundbegriffen und Grunddogmen aufzuweisen. „Sie unterwirft die Masse dem Begriff, welche eben dadurch, daß jedes Einzelne die Richtung auf sein bestimmtes Centrum erhält, aufhört, bloße Masse zu seyn." Diese geistige Vereinfachung des Rechts ist die einzige, welche wir suchen dürfen, die Einfachheit, welche den Reichthum in sich birgt, organische Durchdringung der Vielheit durch die Einheit. Die Stellung einer solchen Theorie zu den s. g. geschriebenen Quellen des gemeinen Rechts wird hierdurch wesentlich verändert, und dieses Verhältniß ist wohl aufzufassen, damit man keine Anforderungen an sie mache, welche sie nicht befriedigen will und kann. Sie beruft sich allerdings auf diese Quellen, und hält dies nach dem jetzigen Stand der Dinge für nothwendig und zweckmäßig — nothwendig, weil ein großer Theil des juristischen Publikum noch daran gewöhnt ist, mehr der Auctorität, als der eigenen Ueberzeugung von der Richtigkeit einer Deduction zu vertrauen — zweckmäßig, weil ein bedeutender Theil jener Quellen die juristischen Resultate in einer unübertrefflichen Anschaulichkeit darlegt, welche die lebendige Auffassung des Rechts sichert, und die concrete Verarbeitung des Stoffes unterstützt *). Aber diese Berufung hat hier einen

*) Wo in jenen Quellen wirklich verschiedene Ansichten verschiedener Juristen oder Gesetzgeber vorkommen, da liegt es uns ob, diejenige, welche nach unserer Meinung die principgemäße ist, zu bezeichnen und die entgegenstehende nicht zu verschweigen. Aber nicht ist es die Aufgabe dieses Werks, dergleichen Widersprüche durch alle mög-

durchaus anderen, als den gewöhnlichen Sinn. Eine Theorie, welche das gesammte Detail des im Corpus juris enthaltenen Rechts nicht als unmittelbares Gesetz voraussetzt, hat bei ihren Anführungen von Stellen aus dieser Compilation nur die Absicht, diesen mit ihren selbständigen Deductionen übereinstimmenden Inhalt dadurch als wirklich universelles practisches Recht zu erweisen *). Eine solche Theorie muß einer doppel-

---

lichen Mittel zu tilgen, oder die zahllosen versuchten Tilgungsarten zu referiren. Beiläufig werden wir zwar auch darauf aufmerksam machen, wo nach unserer Meinung Stellen sich nicht widersprechen, aber immer nur da, wo es uns speciell interessirt, die Einstimmigkeit der römischen Juristen oder Gesetzgeber in einer bestimmten Beziehung bemerklich zu machen. Die Rechtfertigung des Justinianeischen Unternehmens interessirt uns aber gar nicht. Eine Masse bedeutender Kräfte, welche in Deutschland hierauf verwandt werden, könnten besser der selbständigen Ergründung des Rechts gewidmet werden. Wir halten das für ein rein antiquarisches Studium, welches demjenigen zu überlassen ist, welcher Vergnügen und Beruhigung darin findet, zu untersuchen, inwiefern es dem Kaiser Justinian im sechsten Jahrhundert gelungen ist, ein Unternehmen auszuführen, welches für seine Zeit ersprießlich und bedeutend gewesen seyn mag, unserem Standpunkt aber nur als ein roher Versuch erscheinen kann. Wo endlich eine von uns behauptete theoretische Ansicht mit einer anderen durch Localpraxis oder Territorialgesetzgebung recipirten, die Uebereinstimmung in den Principien vorausgesetzt, in Widerspruch steht, da versteht es sich von selbst, daß sie für solche Localitäten nicht prätendirt, das gesetzliche Recht auszusprechen. Sie hat da stillschweigends nur die Bestimmung, auf die Inconsequenz aufmerksam zu machen, und dadurch unsere Behauptung zu bewahrheiten, wie falsch die Tendenz einer Gesetzgebung ist, welche alles mögliche seiner Natur nach bloß theoretische Material in sich aufnimmt.

*) Will man ein solches doctrinell entwickelte Recht ratio scripta, raison écrite nennen, so ist das nicht eben unpassend, wenn man sich nur dabei erinnert, daß eine solche Theorie nicht aus der Luft gegriffen ist, sondern practischen Grund und Boden hat. Das Bedürfniß unserer Zeit, welche Ueberzeugung fordert, verlangt eine solche Theorie, welche vom Geist des Rechts nicht bloß erfüllt ist, sondern ihn bewußt erfaßt und demonstrirt. Was außerdem für den besonderen Zweck des juristischen Unterrichts nothwendig ist, die Veranschaulichung der abstract hingestellten Behauptungen, das wird dieses Werk, da wo es angemessen scheint, durch eine Auswahl passender Beispiele zu leisten versuchen. Wie aber das Studium dieser Theorie einen gewissen Grad juristischer Bildung schon voraussetzt, so fordert die voll-

ten Prüfung sich unterwerfen. Zunächst handelt es sich um die allgemeine Uebereinstimmung mit den vorausgesetzten Begriffen, welche die Grundlage der theoretischen Entwicklung bilden. Es sind dies Grundwahrheiten, deren Erkenntniß wohl durch falsche Behandlung getrübt werden kann, welche aber, wenn sie von dieser Umgebung und Verhüllung befreit sind, als allgemein anerkannt offenbar werden. Diese Grundsätze rein und zweifellos hinzustellen, und der Theorie einen für ihre Arbeit gereinigten Boden zu übergeben, wäre die Aufgabe einer Legislation, welche sich in ihrem Bereich hielte. So lange dies aber nicht geschehen, muß die Theorie dies Geschäft übernehmen, und wird hierdurch den Beweis führen, daß es die wesentliche Aufgabe, aber auch die wesentliche Schwierigkeit ist, unter der Fluth der geltenden Rechtsbestimmungen, welche man als coordinirte Sätze gleichen juristischen Ranges anzusehen gewohnt ist, das, was wirklich Grundsatz, und was nur Consequenz, was wirklich gesetzlicher Stoff, und was doctrineller Natur ist, zu sondern und wiederum in Zusammenhang zu bringen. Sodann kommt es auf die Richtigkeit der Deduction aus den vorausgesetzten Grundbegriffen an. Hier macht sich die Subjectivität des Interpreten geltend, und Verschiedenheit der Auffassung ist unausbleiblich. Es kommt nur darauf an, sich das Bewußtseyn gegenwärtig zu halten, daß selbstgewonnene Ueberzeugung hier allein einen Werth hat, und mit dem bloßen Häufen von Citaten aus Quellen und Schriftstellern nichts gethan ist. Bei aller Divergenz wird sich begründetes Wissen gegenseitig respectiren. Derjenige Quelleninhalt, welchen diese auf practischem Fundament gegründete theoretische Operation als gemeines practisches Recht deducirt, hat eben wegen dieses inneren Characters der Universalität, wovon die äußere gemeine Gültigkeit eine Folge ist, die Natur eines lebenden deutschen Rechts, ist kein Fremdrecht. Römisches Recht ist nur dasjenige, welches auf eigenthümlich römischen

kommene Ausführung derselben, daß ihr eine fortgesetzte Uebung in Behandlung concreter Fälle nachfolge. Jene Vorbildung giebt nach der heutigen Lehrmethode die Institutionenvorlesung. Die völlige Verarbeitung des aus der Theorie des gemeinen Rechts erlernten Materials wird aber durch jene nachfolgende Uebung vorbereitet.

Dogmen beruht, und dessen Bestimmungen den besonderen Character der römischen Nation im Gebiet des Rechts repräsentiren. Nur dieses wirklich römische Recht, worin der Geist der Nation ausgeprägt ist, ist das uns fremde, und eben deshalb auch unpractische ungültige Recht. Von den Spuren und Resten dieses nationalen Römischen Rechts ist das Justinianeische **Corpus juris** noch durchaus erfüllt. Diesen unpractischen Inhalt desselben kenntlich zu machen, ist nicht Sache der Theorie. Aber, so lange sie sich in der Nothwendigkeit befindet, auf dieses Gesetzbuch sich überhaupt zu berufen, kann es für die Verdeutlichung ihrer eigenen Forschungen häufig sehr ersprießlich seyn, den römischen Gegensatz hervorzuheben. Zu diesem Zweck wird sie die Geschichte zu Hülfe rufen. Es handelt sich hier nämlich nicht um die gangbaren Bemerkungen, daß wir heutzutage keine römischen Sclaven und Decurionen mehr haben, und dem ähnliche Notizen, sondern es ist fast in jeder Lehre des **Corpus juris** die größte Aufmerksamkeit nöthig, um die römische Substanz und ihre Consequenzen von dem practischen Inhalt zu sondern, und sich nicht in unnütze Untersuchungen zu vertiefen. „Es kann aber Jemand die größte juristische Anlage haben, ohne doch den für historische Forschungen erforderlichen Sinn, und specielle Empfänglichkeit für die Auffassung römischer Zustände zu besitzen." Darum ist, so lange noch die Justinianeische Compilation als unmittelbar geltendes Gesetzbuch behandelt wird, stets die größte Gefahr, daß man immer von neuem in die alte Verwirrung unpractischer Untersuchungen und Anwendungen sich verliert. Dies ist einer der vielen Gründe, aus welchem es räthlich und angemessen erscheint, dieses **Corpus juris** da, wo es noch als Gesetzbuch angesehen wird, abzuschaffen, und es lediglich Denen zu überlassen, welche davon einen nützlichen Gebrauch für die juristische Bildung machen zu können glauben. Es ist zu hoffen, daß die Gesetzgebung, welche in solchen Territorien dann zunächst sich geltend macht, nicht sich die Aufgabe stellt, durch ein Gesetzbuch im neueren Geschmack der Jurisprudenz vorzugreifen, sondern die, in Vergleich mit den neueren Codificationen, extensiv geringere, intensiv aber viel bedeutendere Arbeit unternimmt, ihr den für die Zustände des bestimmten Staats passenden Stoff zu überliefern, damit sie in ihrer Weise

frei und energisch sich entfalte, und befähigt werde, einer selbständigen gründlichen Praxis vorzuarbeiten. Ohne Zweifel werden Manche gegen unsere Vorschläge einwenden, daß sie zwar gut gemeint sind, aber zu unpractischen Resultaten führen würden. Käme man dahin, die Theorie nach Gefallen wirthschaften zu lassen, so würde man in der Masse der verschiedenen Ansichten, welche sich nothwendig offenbaren müßten, bald eine neue Confusion statt der alten bisherigen haben. Dergleichen Einwände beruhen auf der alten unwissenschaftlichen Ansicht, welche auf dem Gebiet des Rechts eine mechanische Sicherheit für möglich hält, und in dem gedächtnißmäßigen Lernen und Abschreiben eine wirkliche Theorie, in der handwerksmäßigen Anwendung eine wirkliche Praxis sieht. „Wirkliche Jurisprudenz ist juristische Kunst, freies Hervorbringen, Production," und es giebt in einem Staat eine solche nur dann, wenn viele verschiedenartige Kräfte für das nämliche Ziel in Bewegung gesetzt, und eine Menge von Versuchen gemacht werden, welche sich begegnen, trennen und binden. Verschiedenheit der Anlage und Ausbildung ergiebt verschiedene Leistungen. Aber eben diese Mannichfaltigkeit, dieses lebendige Ineinandergreifen sichert eine erleuchtete gründliche Praxis. In solcher Regsamkeit und selbständigen Thätigkeit der Kräfte fehlt es dem energischen Staat nie an Mitteln, Unsicherheit und Schwanken des Rechts zu verhüten. Ein solcher Staat versucht es nicht, die Verschiedenheit der Ansichten unmöglich zu machen, sondern weiß ihre Mannichfaltigkeit zu benutzen, und aus ihr eine für die Praxis genügende Einheit zu schaffen. Wer hieran zweifelt, erinnere sich der blühendsten Periode der römischen Jurisprudenz. Man pflegt ihre Meisterschaft, die Natürlichkeit und das Treffende ihrer Leistungen zu bewundern. Aber man sollte dabei nicht vergessen, daß eben diese Virtuosität nur das Product freier Thatkraft war, und daß dieses Leben der römischen Doctrin in der allergrößten Divergenz der Ansichten sich manifestirte. Und dennoch konnte die Praxis dabei bestehen. Dies zu bewerkstelligen, gab es sehr verschiedene Mittel, so z. B. kaiserliche Rescripte, welche erst nach einer durchgeführten allseitigen doctrinellen Behandlung für eine bestimmte Ansicht, die dann immer allgemein respectirt ward, sich entschieden, und auch nur da eingriffen, wo nicht von

selbst schon eine überwiegende Auctorität einer Ansicht sich herausgebildet hatte, und übermäßige Schwankungen der Meinung die Sicherheit der Anwendung gefährdeten.

Die Theorie des gemeinen Civilrechts kann aber nur dann ihr Ziel, der Praxis förderlich zu seyn, vollkommen erreichen, wenn sie durch die Theorie des partikulären Rechts unterstützt wird, welche auf die Besonderheiten des Rechts, die in den einzelnen Territorien vorkommen, eingeht, und mit der nämlichen Unabhängigkeit die Verarbeitung dieses Rechts unternimmt. Aber auch diese zerstreuten Partikularitäten können eine gemeinsame Wurzel haben, welche ebenfalls durch die Theorie eruirt werden kann und soll. Es ist zweckmäßig *), eine solche Disciplin als Theorie des gemeinen deutschen Privatrechts gesondert neben die Theorie des gemeinen Civilrechts zu stellen, damit durch diese Individualisirung die Intensität der Arbeit sich erhöhe.

Ueber die Einrichtung dieses Werks, welches die Theorie des gemeinen Civilrechts im bisher entwickelten Sinn auszuführen bestimmt ist, ist der Verfasser dem Leser noch folgende kurze Bemerkungen schuldig. Man wird den gänzlichen Mangel der gewöhnlichen Litteraturnotizen bemerken. Der Verfasser weiß sehr wohl den Nutzen, welchen die Kenntniß einer ausgewählten Litteratur haben kann. Aber für den Praktiker, welcher solcher Notizen bedarf oder zu bedürfen glaubt, giebt es gegenwärtig einen hinreichenden Vorrath von allgemein bekannten Büchern, wo sie in Fülle zu finden sind. Dem Studirenden kann der Docent bei passender Gelegenheit das Buch nennen, dessen Studium er ihm sogleich oder für die Folgezeit empfehlen zu müssen glaubt. Bei Gelehrten endlich, insonderheit deutschen Gelehrten, darf die vollständige Kunde der civilistischen Litteratur vorausgesetzt werden. Was ferner die Quellencitate betrifft, so hat der Verfasser es in der Regel für angemessener erachtet, eine Stelle, welche das, was er intendir-

*) Wenigstens für jetzt, so lange diese Disciplin sich nicht völlig bis zur Practikabilität entwickelt hat. Man darf nie vergessen, daß der Inhalt beider Rechtstheorien zusammen das wirklich deutsche lebende Recht ausmacht, und daß darin weder wirkliches Römisches Recht, noch untergegangenes altgermanisches Recht behandelt werden darf.

te, treffend bezeichnet, anzuführen, als zehn andere, welche im Ganzen dasselbe sagen. Jeder Theoretiker weiß, wie leicht es gegenwärtig ist, Quellenmassen zu häufen. Der Verfasser spart sich also eine geringe Mühe, aber einen großen Raum, der nach seiner Meinung auf andere Art besser ausgefüllt werden kann*). Was ferner die Anordnung des Stoffes betrifft, so wird Jeder, welcher das Buch bis zum Ende liest, darüber hinreichende Aufschlüsse im Verlauf des Werkes selbst vorfinden. Uebrigens hält der Verfasser dafür, daß jeder Schriftsteller das Recht hat, eine Ordnung zu wählen, welche ihm nach reiflicher Erwägung und gemachten Erfahrungen einerseits der Natur des Stoffes angemessen, und anderseits den Bedürfnissen des Publikums, welches er zunächst kennt, zu entsprechen scheint. Sollte der Bearbeitung des Einzelnen zu große Ausführlichkeit vorgeworfen werden, so muß der Verfasser daran erinnern, daß sie im Geist des oben erörterten Plans gehalten ist. Auch ist es nicht schwer, daran eine Vorlesung zu knüpfen, welche dem Hörer das Verständniß erleichtert, und das in dem Buch enthaltene Material belebt. Doch richtet sich das natürlich nach dem Geschmack und Standpunkt des Docenten, und nach den Bedürfnissen des Publikums, welches er vor sich hat. Wenn endlich manchem Leser, wie das zu erwarten, der Geist und Ton der nächstfolgenden und einiger anderer Einleitungen für eine Theorie des Civilrechts unpassend erscheinen, und ihm wohl gar die Vermuthung aufsteigen sollte, daß es am Ende doch darauf abgesehen sey, ein Gebäude des Privatrechts ins Blaue hinein zusammenzuphilosophiren, so will der Verfasser in letzterer Beziehung die beruhigende Versicherung geben, daß nichts dergleichen beabsichtigt wird, und der Leser selbst bald (schon aus diesen Einleitungen) das zu erkennen im Stande seyn wird, und will in ersterer Beziehung nur aussprechen, aber an diesem Ort nicht beweisen,

---

*) Selbst da, wo die Schrift polemisirt, sind regelmäßig nur die Ansichten, nicht deren Urheber genannt worden, und zwar weder aus Unkunde noch aus Mißachtung. Dem Verfasser war es in dem Buch selbst nur um die Sache, um Ueberzeugung zu thun. Im Uebrigen macht er in seinen Vorlesungen es sich zur Pflicht, da, wo es sich geziemt, die Auctoren zu nennen.

daß die wissenschaftliche Anschauung und der wissenschaftliche Gedanke von derjenigen intellectuellen Operation, welche der Theorie angehört, dem Wesen nach verschieden ist, und eben deshalb auch der Ausdruck, die Form des Gedankens, wenn er der richtige ist, in beiderlei Rücksicht verschieden ausfallen muß. Es kam dem Verfasser nicht darauf an, bloße Definitionen hinzustellen, welche etwa dienlich seyn können, Jemandem bei einem Examen oder in der gewöhnlichen Conversation aus der Verlegenheit zu helfen, sondern es mußte nach seinem Plan ihm daran liegen, eine wirkliche Entwicklung des Begriffes zu versuchen, wie sie in diesem Werk gegeben werden kann. Die Wissenschaft erleuchtet die Theorie, und giebt ihr Aufschluß über ihr eigenes Wesen. Darum mußte zunächst vom Ursprung und von der Verwirklichung des Rechts gehandelt, und die Stufe bezeichnet werden, welche die Theorie in diesem Entwicklungsproceß einnimmt.

---

# Allgemeine Lehren.

## Erstes Capitel.

### Das Recht in seinem Ursprung und seiner Verwirklichung.

§. 1.

Einleitung.

Der Staat ist das Zusammenbestehen der Vielheit der Menschen als Einheit. Die Form dieser Einheit ist nach dem allgemeinen Typus des lebendigen Universum die des Organismus, d. i. Individualität und Totalität, das Fürsichbestehen und Durchsichbestehen des Wesens. Das Wesen des Menschen ist aber Freiheit, Geistigkeit. Die Hervorbringung jener Einheit, jenes objectiven Organismus der Freiheit, welcher der Staat ist, fordert daher ein den Widerstreit der vielfachen isolirten Freiheit vermittelndes Band, ein das Gleichgewicht in dem Conflict der menschlichen Individuen erhaltendes und herstellendes Medium. Diese die individuelle Willkühr reprimirende und zur Einheit zwingende Nothwendigkeit, welche die in jedem Moment gefährdete Totalität herstellt, ist das Recht. Das Wesen, der Grund des Rechts ist der Wille. Es heißt „Recht" als das den Einzelwillen bestimmende und richtende Wollen der Totalität (objectiver Wille). Das wirkliche Recht ist der natürlich wirkliche Wille des Staats:

1) Es ist der Wille des Staats.

Das Recht wird hervorgerufen durch Bedürfniß. Das wirkliche Recht ist das befriedigte Bedürfniß. Die Befriedi-

gung ist die That der Nation, das Schaffen des Rechts. Die Rechtsproduction ist der sich hervorbringende und verwirklichende Wille des Staats. Der vom Staat in seinem Daseyn (in irgend einem Theil der in ihm begriffenen menschlichen Zustände und Verhältnisse) empfundene Mangel ist der unendliche Anstoß zu jener Willensorganisation. Dieser Mangel sollicitirt das rechtsproducirende Subject (die Nation im Ganzen oder eins ihrer rechtsbildenden Organe) zu einer That, deren endliches Resultat die Aufhebung und Vernichtung jenes mangelhaften Daseyns ist, und diese That ist die Schöpfung des Rechts. Das (bewußte oder unbewußte) Ziel der Thätigkeit ist das Nützliche d. h. das, was zur Befriedigung des gefühlten Bedürfnisses, zum positiven Ersatz jener im Daseyn vorgefundenen Lücke dienlich ist. Die rechtsbildende Thätigkeit ergreift ein noch unbestimmtes Object (Thatsache, Verhältniß) versieht es mit einer Bestimmung, einer Norm, und befähigt es dadurch zur Hervorbringung des Nutzens. Das Recht d. h. das vom Staat Gewollte verhält sich also als Mittel zum Zweck. Jede wirkliche Rechtsproduction, jedes neue Recht setzt voraus einen fühlbaren Mangel im Rechtszustand, ein wirkliches Nichtrecht (daß ein im Staat gelten sollendes Recht dem gefühlten Bedürfniß nicht entspricht). Das wirkliche Recht ist daher der Sieg über seinen vorhandenen Gegensatz, und die That, welche diesen Sieg hervorruft, ist das Leben des Rechts (d. i. die Bewegung von dem wirklichen Nichtrecht zum verwirklichten Recht). Der Gebährungsproceß des Rechts, seine Verwirklichung ist die Entwickelung des sich hervorbringenden und durchsetzenden Willens des Staats, und wirkliches Recht ist es als der durchgesetzte realisirte Wille desselben. — Der Wille des Staats als solcher ist die Form des Rechts; das, was von ihm gewollt wird, ist der Inhalt des Rechts. Aber beide sind untrennbar integrirende Momente des wirklichen Rechtsbegriffs.

2) Das Recht ist der Wille des Staats.

Darum ist es der allgemeine objective Wille, welcher universelle Anerkennung hat, und sie sich verschafft durch Nöthigung des widerstrebenden subjectiven Willens. Das einmal entstandene Recht ist erhaben über Besserwissen und Anders-

wollen des Individuums. Durch seine Verwirklichung beweist es seine Wahrheit und die Unwahrheit eines abweichenden individuellen Wissens. Durch seine Verwirklichung offenbart es seine objective Macht und die Ohnmacht eines abweichenden individuellen Wollens. Das den Inhalt des vorhandenen Rechts läugnende Wissen eines Individuums hat nur die Bedeutung eines theoretischen Raths, welcher seinen Werth dadurch beweist, daß er den Drang und Trieb seines Zeitalters nach einem neuen Inhalt des Rechts trifft, und die Legislation zur Aenderung des vorhandenen Rechts motivirt. Setzt aber das Individuum seinen Willen gegen die vorgeschriebene Norm des Staats durch, so ist das der thatsächliche Beweis, daß sie, ohne lebendig und wirklich zu seyn, nur den Namen des Rechts führt. Denn nur der practische zur endlichen Geltung sich durchsetzende Wille ist wirklicher Wille. Aber das Recht als das Wollen einer bestimmten Menschheit ist Product der Freiheit. Das Naturgesetz hat nur unmittelbare Wirklichkeit. Die dem Recht inwohnende Nothwendigkeit ist eine ethische, welche erst mittelbar im Kampf und Sieg gegen die individuelle Freiheit sich bewährt. Es ist der Character des Rechts, daß nicht bloß eine Uebertretung seiner Norm möglich ist, sondern auch geschieht, damit der sich realisirende Wille der Nation als das Product des Geistes (des sich selbstbestimmenden Wesens) erscheine. — Das Recht ist nur zu begreifen als eine Aeußerung des totalen Lebens einer Nation, als freies Werk des Nationalverstandes. Darum ist jede wissenschaftliche Bemühung, welche in ihrer Betrachtung des Rechts vom schaffenden Subject (dem Staat) abstrahirt, und so ein von historischer Beimischung gereinigtes Recht zu finden trachtet, eine nichtige, und nicht minder jedes theoretische Wissen ein leeres nutzloses, welches nicht aus der vorhandenen Welt und für einen vorhandenen Staat seine Regeln und Grundsätze schafft. Wirkliches Recht ist nur ein positives, als das Recht eines bestimmten historisch wirklichen Staats, und außer dem positiven giebt es keines. *)

*) Noch immer pflegt in Lehr- und Handbüchern des Rechts das positive Recht als Gegensatz eines s. g. natürlichen Rechts (Naturrechts, Vernunftrechts) aufgestellt zu werden. Dieses natürliche Recht

3) Das Recht ist natürlich wirklicher Wille des Staats.

Das wirkliche Recht ist nicht der Wille, welcher richten soll, sondern der ausgeführte, welcher effectiv in den Gerichten eines

---

soll ein reines aus bloßen Vernunftprincipien abgeleitetes für alle Zeiten und Völker gültiges Recht seyn. Es soll seyn das ewige unveränderliche absolute und einzig wahre Recht. Die Geschichte betrachtet man als einen ewig verunglückten Versuch, das historisch wirkliche Recht als ein stets unvollkommenes Streben nach einem unendlich entfliehenden, nie vollkommen erreichten, abstracten Ideal des Rechts. Die Bekenner dieses Naturrechts sind sich nur nicht einig, ob das von ihnen aufgestellte Recht bloß für die Legislation eines Staats als Normalrecht, als Richtschnur, wornach sie ihre Satzungen einzurichten habe, dienen solle, oder ob es auch unmittelbare practische Bedeutung für den Richter habe, welcher in Ermangelung des positiven Rechts diese Naturrechtsnormen zur subsidiären Entscheidungsquelle nehmen könne und solle. Uns interessirt dieser Streit nicht, denn wir läugnen überall die Wahrheit jenes natürlichen Rechts. Uns erscheint es als absoluter Widerspruch, wenn das denkende Individuum, welches aus seiner individuellen Vernunft eine Anzahl von Regeln nach von ihm angenommenen Principien deducirt, dennoch behauptet, daß das von ihm so subjectiv Ausgedachte und Ausgesprochene objective Wahrheit und Gültigkeit, mit andern Worten, daß es den Character des Rechts haben solle. Ein solcher Denker bedenkt nicht, daß das von ihm Aufgestellte eben ein von ihm Erdachtes und Gewolltes ist, und daß er eben darum sich selbst widerspricht, wenn er dieses dennoch „Recht" nennt, da er selbst doch den objectiven Character und die Allgemeingültigkeit desselben nur darum behauptet, weil es ein objectives totales Wollen ist. Er abstrahirt in seinem Denken von dem das Recht in der Wirklichkeit schaffenden Subject, und sieht nicht, daß er in der That seines Denkens sich selbst zum producirenden Subject dessen, was er Recht nennt, aufwirft. Das von ihm geschaffene Object soll ein den Staat bestimmendes und im Staat richtendes seyn. Aber jedes rechtliche Sollen im Staat ist nur eine Folge seines eignen Wollens, und es ist darum auch nicht, ehe der Staat gewollt hat. Uebrigens ist die Quelle, aus welcher jenes willkührliche Denken seine Resultate angeblich schöpft, gleichgültig, und nicht minder verunglückt, als jene abstracten Philosopheme, ist der Versuch, aus religiösen Dogmen ein s. g. absolutes Recht zu deduciren. Der Fehler ist auch hier, daß dieses Denken, welches sich Wissenschaft und Philosophie des Rechts nennt, ein ewig nur seyn sollendes Recht zu Tage fördert. Es versteht sich von selbst, daß dieses Recht Realität hat für den, welcher es sich denkt, für die sub-

Staats angewandt wird. Nur das Recht ist, welches lebendig wirkt, und nur das practische Recht, das geltende, nicht das bloß vorgeschriebene gelten sollende ist das lebende Recht. Es ist nur als die durch die That bewiesene Kraft. Das Zeugniß dieser That, der wirkichen Ausführung des totalen Willens ist immer ein sinnliches Product, irgend ein unmittelbares Haben, eine natürliche Zuständlichkeit, ein factisches Ver-

---

jective Einbildung; aber eben darum, weil es nur diese subjective Gedankenrealität hat, trägt es fälschlich den Namen des Rechts. — Philosophie des Rechts ist nichts als das Suchen und Finden des Begriffs von Seyn und Wirklichkeit des Rechts. Das Absolute, Göttliche, Wahre im Recht ist diese Wirklichkeit, die Unendlichkeit der Schöpfung des Rechts. Das Recht ist das Wollen der zum Staat vereinigten Menschen. Dieses Wollen ist nothwendig ein sich veränderndes und ein verschiedenes Wollen der verschiedenen Nationen, denn die Menschheit will immer nur das, was sie auf jeder Stufe ihrer Entwickelung weiß. Was sie für gut und angemessen hält, das realisirt sie unmittelbar oder mittelbar als ihren Willen, als ihr Recht. — Wollte etwa die oben beschriebene intellectuelle Beschäftigung mit dem Recht auf den Namen einer Wissenschaft des Rechts verzichten, und sich das Ansehen einer Theorie der Gesetzgebung beilegen, so würde zu erinnern seyn, daß auch die Theorie nur eine wahre ist, wenn sie sich einen concreten wirklichen Staat zum Object ihrer Betrachtung nimmt. Der Werth ihrer Leistungen hängt dann davon ab, daß sie das Bewegende, Treibende in der gegenwärtigen Nation erkennt, und das ausspricht, und zum Bewußtseyn bringt, wornach unbewußt die Nation selbst strebt. —

In neuerer Zeit hat man angefangen, natürliches Recht den Inbegriff von Rechtssätzen zu nennen, welche durch eine logische Argumentation aus wirklichen im Staat vorhandenen Einrichtungen und Verhältnissen gefolgert werden können. Es ist dies aber nichts als eine theoretische Operation, deren Ergebnisse nicht einen Gegensatz des positiven Rechts ausmachen, sondern concrete Entwicklung des positiven Rechts selbst sind. Solche Argumentationen haben nur dann, wenn sie die herrschenden Principien eines bestimmten Staats zum Gegenstand nehmen, eine practische Bedeutung für diesen Staat. Hat dieser Staat Einrichtungen und Rechtsprincipien mit einem andern Staat gemein, so ist das für die Geltung jener rationellen Operation nur eine äußere Zufälligkeit. Ihre Resultate gelten in einem bestimmten Staat immer nur deshalb, weil sie nur eine consequente Entwickelung dessen sind, was in diesem Staate schon als Recht galt, aber bisher noch nicht vollständig zur Erkenntniß gekommen war. —

halten, als das Resultat, worin jedes wirkliche Recht endigt. Das wirkliche Recht ist das Haben des Nützlichen, welches bis zur letzten Verwirklichung des Rechts nur Ziel des Willens war. —

Das Recht eines Staats ist entweder öffentliches (jus publicum) oder Privatrecht (jus privatum). Beide machen zwar ein lebendiges Ganze aus, und eine wissenschaftliche Geschichte des Rechts kann nur Beides im Zusammenhang behandeln; aber die Dogmatik des Rechts muß, weil es ihr auf Darstellung der Unterschiede Beider ankommt, sie in verschiedenen Disciplinen des Rechts erörtern.

Das öffentliche Recht begreift die Grundsätze, nach welchen der Staat als Ganzes nach innen und nach außen besteht. Das Privatrecht enthält die Grundsätze, nach welchen die im Staat begriffenen Individuen (Privaten) im Verhältniß zu einander bestehen. *) Das Privatrecht kann auf verschiedene Art entstehn, wornach es sich in Gewohnheitsrecht und gesetzliches oder Gesetzesrecht scheidet. —

## §. 2.

### Das Gewohnheitsrecht.

Gewohnheitsrecht ist das nicht vom Bewußtseyn ausgehende, das durch Volksgewohnheit entstehende Recht. Sein

---

*) L. 1 § 2 D. de Justitia et Jure. § 4 J. eod. Die Definition in L. 38 D. de pactis „jus publicum privatorum pactis mutari non potest." (cf. L. 27. L. 45 § 1 D. de reg. jur. L. 15 § 1 D. ad legem Falc.) geht von einem andern Standpunct aus. Im Privatrecht, auch der wirklichen Monarchie, giebt es immer eine Menge von Rechtsbestimmungen, welche nach dem Willen des Gesetzgebers nur eine bedingte Kraft haben, und cessiren, sobald der Privatwille für dasselbe factische Verhältniß, worauf die gesetzliche Disposition sich bezieht, eine andere Norm setzt. Dies ist dann jus privatum im engern Sinn, benannt nach der unmittelbaren Quelle des Rechts. Sein Gegensatz ist das Privatrecht, worauf der Privatwille nie einen Einfluß ausüben darf, und heißt in diesem Sinn jus publicum. Uebrigens ist jene engere Bedeutung von jus privatum im römischen Staat die ursprüngliche. In der absoluten römischen Republick ist der vom paterfamilias über die ihm unterworfene familia ausgesprochne Wille (lex privata) wirklich die Quelle des Rechts, welches hiernach im eigentlichen Sinn jus privatum (jussum privi i. e. singuli) heißt. —

Wesen ist, daß eine Gewohnheit des Verhaltens von Menschen Recht wird, daß aus einer gleichgültigen factischen Gewöhnung Recht entsteht. Recht ist es aber, wenn das, worin die Gewohnheit bestand, Inhalt des allgemeinen Willens eines Volks geworden ist. Gewohnheit ist wiederholtes gleichmäßiges Verhalten. Ihr Character ist die Richtung des Handelns nach einer Regel, die aber nicht als solche schon vorgeschrieben ist, sondern sich nur in der Gleichmäßigkeit der äußern Thatsache manifestirt. Die Macht der Gewohnheit ist, daß sie eine unmittelbare Nöthigung zu einer bestimmten Aeußerung enthält, daß sie die unmittelbare Befriedigung eines Bedürfnisses ist. Das Bewußtseyn von dem, was nach Gewohnheit geschieht, kann hinterher folgen, geht aber nicht voraus, denn ist das Thun bewußte Wahl, dann hört es auf, bloße Gewohnheit zu seyn. Herrschaft der Gewohnheit ist, wenn sie beharrlich und ausschließlich zu einem bestimmten Thun treibt. Eine Gewohnheit, welche Grund von Recht seyn soll, muß außer ihren allgemeinen Eigenschaften noch die besonderen Merkmale des Rechts haben. Sie muß daher

1) sich in einem Object äußern, welches seiner Natur nach der Bestimmung einer rechtlichen Norm unterliegt,

2) extensiv sich in einer Allgemeinheit äußern, durch welche sie sich als das übereinstimmende Thun eines Volks kund giebt,

3) intensiv sich als herrschende Richtung einer bestimmten Menschheit erweisen, damit sie die Zufälligkeit und Gleichgültigkeit einer bloßen Regel verliere, und das den Rechtsbegriff integrirende Merkmal der Nothwendigkeit annehme.

Als allgemein herrschende, die normirbaren Verhältnisse eines Volks bestimmende Gewohnheit ist sie Gewohnheitsrecht.

Wenn eine solche Gewohnheit nach ihrer Ausbreitung in Raum und Zeit eine feste durchdringende Bestimmtheit einer Menschheit, wenn sie ihre natürliche Eigenschaft geworden ist, dann erst kann sie als Ausdruck des Willens dieser Menschheit gelten. Aber die Rechtsgewohnheit hat in ihrem Werden und Daseyn die Natur einer Gewohnheit überhaupt. Ihre Anfänge sind der Forschung verborgen; erst, wenn sie entstanden, kann sie wahrgenommen werden. Sie ist, wie jedes Recht,

durch empfundenes Bedürfniß motivirt, und ihr Ziel ist, dieses zu befriedigen. Aber das Gewohnheitsrecht hat dieses Ziel schon unmittelbar erreicht: es hat sogleich schon die natürliche Wirklichkeit, welche jedes wirkliche Recht erlangt. Das Gewohnheitsrecht ist nicht eine nur bestimmensollende Nothwendigkeit, sondern es ist nur als schon bewährte Regel des Verhaltens. Darum hat es die Sicherheit und Unfehlbarkeit der Natur, darum trifft es stets die wirklichen Bedürfnisse eines Volks. Es ist das unvermittelte nicht durch differente Entwicklungsstufen hindurchgehende Recht, die unmittelbare Selbstschöpfung des totalen Willens. Es hat die Sicherheit sinnlicher Wahrnehmbarkeit, denn Jeder, der in der Mitte des Volks lebt, welches unter seinem Einfluß steht, sieht es unmittelbar in seiner Umgebung. Erst dann, wenn die Rechtssitte zu verschwinden beginnt, wird sie Gegenstand des Erfragens, und die ihrer Kundigen werden dann ihre Bewahrer. Das Zeichen ihres Todes ist, wenn sie in schriftlicher Aufzeichnung fixirt wird. Das lebende Gewohnheitsrecht ist ungeschriebenes Recht, denn es ist seine Natur, nicht durch Worte ausgesprochen zu seyn; es wird nur ausgesprochen durch Handlungen der Nation. Es ist die wirkliche Identität von Thatsache und Recht, denn die Thatsache ist hier nicht eine gleichgültige bedeutungslose, sondern Ausdruck eines innern Gehalts (einer Regel), und wiederum das Recht ist hier nur als allgemeine Thatsache, und nicht vor ihr vorhanden. Aber das Gewohnheitsrecht ist auch nur dieses natürliche Product des Geistes, es ist nur die unmittelbare Aeußerung des Rechtsbewußtseyns einer Nation. Denn das Recht hat hier nicht seine geistige Form, der nationelle Wille gelangt hier nicht zum Fürsichseyn des wirklichen Begriffes. Das Recht kommt hier nicht als das die Masse zwingende und zusammenhaltende Centrum zum Vorschein, sondern ist nur immanente Regel des Handelns, hat nur peripherisches Daseyn in der Aeußerlichkeit einzelner Thatsachen, welche bloß durch ihre übereinstimmende Richtung das unsichtbare Centrum manifestiren. Die Thatsache ist hier der einzige Beweis, weil das ausschließliche Daseyn des totalen Willens.

Die bisherige Entwicklung zeigt, daß das Gewohnheitsrecht durch Gewohnheit entsteht, d. h. daß die wiederholte

Gleichmäßigkeit einer bestimmten Handlungsweise eine gemeine Meinung des Volks von der Nothwendigkeit jenes Handelns hervorbringt. Die Uebung ist die äußere Erscheinung d. i. das Daseyn des gemeinen Wollens, und zugleich das einzige Mittel der Erkenntniß desselben. Das lebende Gewohnheitsrecht als stets neu sich erzeugendes, als fortwährende Entstehung einer gemeinsamen Rechtsmeinung bedarf also dauernd solcher Thatsachen, welche sein Daseyn zugleich begründen und verkünden. *) — Das Gewohnheitsrecht hat seine Blüthe im

*) In neuerer Zeit hat man die von uns angenommene Entstehung des Gewohnheitsrechts durch Gewohnheit geläugnet, und behauptet, das Recht gehe der Gewohnheit schon voraus, und dieses sey nur eine Uebung des ersteren, jenes sey die Volksüberzeugung und das eigentliche Wesen; die Thatsache aber sey nur seine äußere Erscheinung, welche bloß dazu diene, jenes zu erkennen. Auch wir behaupten, daß die Gewohnheit die Form und Erscheinung, und die gemeine Meinung das Wesen sey; aber eben darin liegt, daß jene das Daseyn dieser ist. In der Wirklichkeit ist das Wesen nicht ohne seine Form, denn die Form ist nichts, als das Daseyn des Wesens. Es ist nur der abstrahirende Verstand, welcher ihren reellen Zusammenhang zerreißt. Jene Theorie will auf besondere Klarheit Anspruch machen; aber die nächste Frage schon: wie denn jenes formlose Wesen, das Rechtsbewußtseyn, entstehe? macht diesen ihren Anspruch sehr zweifelhaft. Denn darüber kann sie keine Rechenschaft geben, es wäre denn, daß das Vorgeben eines mystischen plötzlichen gemeinsamen Ergriffenseyns der Nation eine wirkliche Erklärung enthielte. Ehe ein Gewohnheitsrecht entstanden ist, giebt es auch keine solche Gewohnheit, welche den Beweis seines Daseyns liefern könnte, sondern nur particulaire Thatsachen, aus denen auf eine gemeinsame Grundlage nicht geschlossen werden kann. Ist aber die Zahl und Dauer dieser Thatsachen so herangewachsen, daß jener Schluß möglich ist, dann und auch dann erst ist das Gewohnheitsrecht. Wenn ein entstandenes Gewohnheitsrecht sich erhält, so kann man allerdings sagen, daß die spätere constante Gewohnheit des Volks die Uebung eines Rechtssatzes sey; aber man muß sich nicht vorstellen, als wenn das Wesen, die gemeine Meinung hinter seiner Form, der Uebung, zurückbliebe, sondern die fortgesetzte Gewohnheit ist nichts, als die fortwährende Reproduction der gemeinen Ansicht und des allgemeinen Wollens, und wird immer aufs Neue zugleich Entstehungs- und Erkenntnißgrund des Gewohnheitsrechts. — Man darf nicht die richterliche Forschung und die gelehrte antiquarisch-historische Forschung nach dem Daseyn von Volksgewohnheiten verwechseln. Jene verlangt den Beweis eines unmittelbar im Volk lebenden Rechts; diese aber will

Jugendleben der Völker, im noch unentwickelten Staat. Heutzutage kann ein unmittelbares Rechtsbewußtseyn des Volks nur sporadisch in einzelnen Kreisen des Volkslebens sich erzeugen, wo eine gewisse Isolirtheit und Abgeschlossenheit des Betriebes und die Besonderheit gewisser Bedürfnisse die Entstehung einer übereinstimmenden Gewohnheit begünstigt. *)

Aus der bisherigen Erörterung ergeben sich die Erfordernisse, welche eine richterliche Ueberzeugung von dem Daseyn des Gewohnheitsrechts, welches die Entscheidungsnorm für einen streitigen Fall bilden soll, zu begründen vermögen. Das Gewohnheitsrecht tritt nur in äußeren Thatsachen hervor. Diese müssen eine solche qualitative und quantitative Beschaffenheit haben, daß der Richter darin eine herrschende Regel des Handelns erkennt, welche als Ausfluß des allgemeinen Willens der Menschen gelten kann, für welche die Herrschaft des Gewohnheitsrechts behauptet wird. Allgemein gefaßt ist demnach erforderlich: eine gewisse gleichzeitige Anzahl von Thatsachen, welche qualitativ die nämliche Beschaffenheit haben, ferner eine gewisse Häufigkeit der Wiederholung, und endlich Einheit des Orts ihres Geschehens. Das vom Richter zu Erforschende ist ein bestimmtes allgemeines Wollen, eine thatsächlich hervorgetretene gemeine Meinung eines bestimmten Kreises von Menschen. Darum

1) darf ihm eine Gewohnheit dieser Menschen als solche nicht genügen. Gewohnheit ist noch nicht Gewohnheitsrecht. Sie kann auf vorübergehender Stimmung, Mode, zufälliger

---

nur Zeugnisse für ein gewesenes Gewohnheitsrecht. Eine Untersuchung der letzteren Art kann allerdings auch durch einen noch practischen schon längst in schriftliches Gesetz übergegangenen Rechtssatz motivirt werden, indem sie den Keim desselben in alten Volksgewohnheiten sucht.

*) Die wenigen Zeugnisse, welche aus Schriften römischer Juristen über ihre Ansicht vom Wesen des Gewohnheitsrechts uns geblieben sind, bezeugen, daß sie durchaus richtig seine Natur begriffen. So heißt es kurz und treffend: — „— nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an r e b u s i p s i s e t f a c t i s? L. 32 § 1 D. de Leg. L. 35. 36. D. eod. (— velut tacita civium conventio — magnae auctoritatis hoc jus habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse, scripto id comprehendere).

Uebereinstimmung beruhen. Sie muß, um Ausdruck des Willens zu seyn, und den Sinn einer Nothwendigkeit zu haben, als so hergebracht und inveterirt, *) also herrschend erfunden werden, daß jeder Anschein von Zufälligkeit und Willkührlichkeit verschwindet, und dem Richter der Einfluß eines wirklichen Willens unmittelbar einleuchtet. Uebrigens versteht sich, daß es eine herrschende Gewohnheit auch bei einzelnen Unterbrechungen und dem Widerstreit einzelner Fälle geben kann. **)

2) Das Gewohnheitsrecht ist allgemeiner Wille eines Kreises von Menschen. Darum muß die Gewohnheit eine solche Ausbreitung in dieser Sphäre haben, daß sie als Ausdruck einer gemeinen Meinung gelten kann, und nicht mehr als particulaire Gewöhnung Einzelner erscheint. ***)

---

*) Darum heißt es in den Gesetzen: „longa, inveterata, diuturna, antiquitus probata consuetudo, usus longaevus" (L. 32 § 1 L. 33 L. 35 D. de leg. L. 1. 2. 3. C. quae sit longa consu.) — Die Dauer der Gewohnheit läßt sich natürlich nicht abstract bestimmen. Die ältere Theorie verlangte den Ablauf der gewöhnlichen Verjährungsfristen, und zwar verschieden, bald 10, bald 20, 30, 40 Jahre, Einige auch den Ablauf einer s. g. unvordenklichen Verjährung. Diese Theorie fand eine Stütze im c. 11 X de consuet. (— legitime praescripta —) und c. 3 eod. in 6 (— sit praescripta canonice —). Ohne Zweifel reden diese Stellen wirklich von der Nothwendigkeit einer s. g. canonischen Verjährungsfrist. Die Verfasser der Stellen (die Päbste Gregor IX und Bonifaz VIII) lebten zu einer Zeit, wo die gebildeten Juristen allgemein die Analogie der Verjährung auf das Gewohnheitsrecht anwandten, und es ist nicht glaublich, daß Jene von der allgemeinen Ansicht ihrer Zeit sich entfernt haben werden. Aber die Stellen sprechen nur von derogirenden Gewohnheiten, wodurch kirchliche Einrichtungen modificirt werden, und haben die Analogie der Verjährung kirchlicher Rechte im Auge, welche in 40 Jahren geschieht. Aus diesen Stellen läßt sich keine gemeinrechtliche Regel bilden.

**) Der Richter hat in dieser Beziehung darauf zu achten, ob die vorgefundene Abweichung von der Art ist, daß sie mit der Annahme einer allgemeinen Ansicht durchaus unverträglich ist. Die Regel ist die Nothwendigkeit einer Gleichförmigkeit und Ununterbrochenheit der Gewohnheit. L. 3 C. de privil. scholar. (— consuetudo jugiter observata —) L. 3 C. quae sit l. c. (— tenaciter servata).

***) Dieß ist der Sinn der L. 2 C. quae sit l. c., welche Stelle man fälschlich auf die Frage über derogirende Kraft des Gewohnheits-

3) Jede einzelne Thatsache, deren Gesammtheit einen Schluß auf das Daseyn eines allgemeinen Willens begründen soll, muß als Ausfluß dieses Willens, als durch ihn bestimmt erscheinen. Das handelnde Subject muß im Gefühl der Nothwendigkeit seines Handelns thätig gewesen seyn (opinio necessitatis). Das Zusammentreffen einer Menge übereinstimmender Handlungen, welche alle einzeln diese Beziehung auf eine allgemeine Quelle in sich tragen, ergiebt erst wahrhaft jene tacita civium conventio, und vernichtet den Gedanken an Zufälligkeit der Uebereinstimmung. *)

Wenn nach den angegebenen Erfordernissen eine Gewohnheit Gewohnheitsrecht geworden ist, so ist es, ohne specieller gesetzlicher Bestätigung zu bedürfen, gültig, und hat selbst derogirende Kraft gegen bestehendes Gesetz **). Heutzutage zweifelt Niemand daran, daß die Legislation die practische Gültigkeit des Gewohnheitsrechts beliebig einschränken könne.

---

rechts bezieht. Die Stelle enthält ein kaiserliches Rescript. Dem Kaiser war die Frage vorgelegt, ob eine gewisse Gewohnheit, welche gesetzlichen Bestimmungen widerstritt, Gültigkeit habe. Er antwortete: „zwar habe ein langjähriger Gebrauch bedeutende Auctorität (d. h. es könne unter Umständen Recht daraus entstehen); aber eine bloße alte Gewohnheit habe dadurch allein (sui momento) noch nicht die Kraft, ausdrückliches Gesetz (legem) oder nicht wörtlich ausgesprochenen gesetzlichen Willen (rationem) zu besiegen.

*) Auf dieß Erforderniß bezieht sich L. 39 D. de leg.: wenn ein Einzelner oder Mehrere in der irrigen Voraussetzung eines Gebrauches Handlungen vornehmen, und daraus unter ihnen eine Gewohnheit entsteht, so macht doch eine solche Gewohnheit, die nicht mit einem in der ganzen Localität herrschenden Brauch übereinstimmt kein Gewohnheitsrecht, und kann auf Allgemeingültigkeit nicht Anspruch machen. — Das gewöhnlich angegebene Erforderniß der Offenkundigkeit (Publicität) bezieht sich nur auf die Gewohnheit im Ganzen. Denn es versteht sich, daß der einzelne Handelnde nicht opinione necessitatis handeln kann, wenn er keine Kunde vom allgemeinen Gebrauch hat. Es kann aber nicht verlangt und zum Beweis verstellt werden, daß jede einzelne in diesem Sinn vorgenommene Handlung zur Kenntniß aller zu diesem Kreis gehöriger Menschen gekomm n sey.

**) L. 32 § 1. L. 33 D. de legib. § 11 J. de jure naturali c. 11 X de consuet. c. 3 cod. in 6. nov. 89. c. 15. L. 1 § 1 D. de interrogator. act.

Hierin spricht sich das allgemeine herrschende Dogma aus, daß nach dem Geist des heutigen Staats die Urquelle der practischen Kraft des Gewohnheitsrechts in dem stillschweigenden Willen der Gesetzgebung liege *) d. h. daß, wo das Gewohnheitsrecht in anerkannt practischer Wirksamkeit besteht, dies eben Wille der Gesetzgebung sey. Hieraus folgt, daß auch der Umfang der Geltung des Gewohnheitsrechts sich nach dem Character der vorhandenen einzelnen gesetzlichen Bestimmungen richtet. Wenn die Gesetzgebung eines Staats gewisse Einrichtungen und gesetzliche Verfügungen als Grundvesten der staatlichen Ordnung betrachtet wissen will, wenn sie ihre Bestimmungen in irgend einer Beziehung als für das staatliche Wohl unbedingt nothwendig erachtet, dann kann gegen solchen allgemeinen oder speciellen gesetzlichen Willen keine Volksgewohnheit die Kraft eines Gewohnheitsrechts erlangen **). —

*) Weil es im entwickelten Staat einen höchsten legislatorischen Willen giebt, ist auch auf diesen als letzte Quelle alles Recht im Staat zu beziehen. Es verhält sich dies mit der Volksgewohnheit nicht anders, als mit der autonomischen Kraft des Einzelwillens. Im republikanischen römischen Staat war der Privatwille in seinem Bereich autokratisch, durch sich selbst letzter Grund des durch ihn geschaffenen Rechts. Im heutigen Staat gründet sich die Kraft des durch Vertrag oder Testament geschaffenen Rechts mittelbar stets auf gesetzlichen Willen. — Das im Text Gesagte ist nur nicht im Sinn einer theoretischen Forderung zu verstehen, als wenn eine ausdrückliche allgemeine oder specielle gesetzliche Bestätigung der Gewohnheit erfolgen müßte. Die nähere Deduction der Nothwendigkeit des von uns behaupteten Verhältnisses des Gesetzes und Gewohnheitsrechts gehört der Wissenschaft an, und kann nicht von der Theorie ausgehen. —

**) Dies ist, was man unter dem Ausdruck „Rationabilität" als nothwendiger Eigenschaft des Gewohnheitsrechts befassen kann. Der Richter ist hier nicht etwa auf seine individuelle Vernunft verwiesen d. h. soll nicht urtheilen nach den Begriffen, die er selbst sich etwa von guter Sitte, Vernünftigkeit und Unvernünftigkeit gemacht hat, und eben so wenig soll er blindem Tact gehorchen. Hier, wie überall, sind ihm die Principien im Recht seines Staats gegeben, und er hat nichts zu thun, als ihren Sinn im Ganzen und Einzelnen zu verstehen. Was nach dem Geist der Gesetzgebung und einzelnen gesetzlichen Normen als der guten Sitte widerstreitend (turpe, inhonestum, contra bonos mores) anzusehen ist, daraus und aus dessen Analogie hat er die Vernünftigkeit einer Gewohnheit zu ermessen

Die Gewohnheit als solche ist ein Factum. Das Gewohnheitsrecht aber ist nicht bloße Thatsache, sondern hat nur in dieser seinen Ausdruck, seine Aeußerung. Die dazu geeignete Thatsache ist eben deshalb nicht bloße Thatsache, sondern trägt in sich den Sinn und die Bedeutung des Rechts: Beides ist hier untrennbar. Darum sind alle Argumentationen über die Frage vom Beweis des Gewohnheitsrechts, welche sich auf die Behandlung des Gewohnheitsrechts als blosse Thatsache stützen, hinfällig. Der Richter soll nach selbständiger Ueberzeugung vom Recht (Gesetz oder Gewohnheitsrecht) urtheilen *). Seine Pflicht ist, durch geeignete Mittel sich ein ihn befriedigendes Wissen vom Recht zu verschaffen. In dieser Forschung ist er durch die auf bloß formelle juristische Wahrheit berechneten Regeln des Civilprocesses nicht beschränkt. Er erlangt seine Erkenntniß hier nicht durch juristischen, sondern durch wissenschaftlichen Beweis **). Alles, was ihn in Ausmittelung des herrschenden Gewohnheitsrechts unterstützen und zur Wahrheit führen kann, soll und darf er benutzen. Aber seine Erkenntniß soll eine ihm selbst begründet erscheinende Ueberzeugung, ein demonstrables Wissen seyn. Die dieses gründliche Wissen herstellenden Erforschungsmittel sind Thatsachen, welche den Erfordernissen des Gewohnheitsrechts entsprechen. Deshalb sind die nur zu einer ober-

---

Eben so hat er aus vorhandenem gesetzlichen Willen zu entnehmen, welche Bestimmung als durch Volksgewohnheit unangreifbare Norm gelten solle. — Es giebt im gemeinen Recht über dieses Erforderniß allgemeine und specielle Aeußerungen z. B. daß „böse, unvernünftige" Gewohnheiten nicht zu achten (P. G. O. Art. 218. Nov. 134 c. 1), daß Fundamentaleinrichtungen der Kirche (die das canonische Recht hier jus naturale nennt) nicht durch Gewohnheiten modificirt werden können (c. 11 X de consult.) u. s. w. Ueber einzelne Beispiele vgl. c. 3. 10. X eod. l. 1 pr. D. de usuris. c. 26 i. f. X de testibus.

*) Pr. J. de officio jud.

**) Alle Beschränkungen, denen der Civilbeweis in Betreff des Beweisthema, der Beweisfristen, der Qualität der Beweismittel u. s. w. unterliegt, fallen hier hinweg. Die das Gewohnheitsrecht behauptende Parthei kann nur dadurch sachfällig werden, daß das Daseyn des Gewohnheitsrechts auf keine irgend genügende Weise dargethan werden kann.

flächlichen Kunde führenden, höchstens eine Vermuthung begründenden allgemeinen Versicherungen von der Existenz eines Gewohnheitsrechts nicht ausreichend (z. B. generelle Atteste von Ortsobrigkeiten, gerichtliche Entscheidungen, die ohne Angabe näherer Begründung auf einen gewohnheitsrechtlichen Satz sich stützen). Sie müssen vom Richter in Betreff ihrer Schlüssigkeit geprüft werden können, und wissenschaftlich von ihm approbirt seyn *). Hat der Richter unmittelbar die Kunde von lebenden Volksgewohnheiten, so genügt ihm diese (Notorietät des Gewohnheitsrechts). Im noch unentwickelten Staat hat er diese Kunde, weil er selbst unmittelbar aus dem Volk genommen mitten in der Sitte lebt und mithandelnd ist. Heutzutage, wo es regelmäßig nur particulaire Gewohnheiten giebt, kann dem s. g. gelehrten Richter diese unmittelbare Kunde nicht zugemuthet werden. Darum muß er von Amtswegen sich eine Ueberzeugung zu verschaffen **) suchen. Vorzüglich die Art des von der Gewohnheit umfaßten Verhältnisses wird darüber entscheiden, an wen er sich vorzugsweise zu wenden hat. Es kann ihm das begründete Urtheil eines Sachverständigen hier mehr nützen, als gehäufte Angaben der streitenden Parthei. Ist ihm jedes andre Auskunftsmittel abgeschnitten, oder ist die auf Existenz des Gewohnheitsrechts sich berufende Parthei die präsumtiv vorzugsweise kundige, so muß er sie zur Beibringung der Gründe ihrer Behauptung auffordern. Diese Aufforderung hat dann aber in keiner Weise die Natur eines juristischen Beweiserkenntnisses ***).

---

*) Gerichtliche Erkenntnisse, welche eine Gewohnheitsnorm zur Quelle haben, und speciell die Gründe für die Annahme ihrer Existenz enthalten, sind dem Richter das wichtigste, obwohl nicht immer allein ausreichende Erkenntnißmittel. Hierauf bezieht sich l. 34. D. de legib.

**) L. 3 § 6 D. de testibus. („— judicantis est, explorare, quae consuetudo in ea provincia, in qua judicat, fuerit —").

***) Aus der bisherigen Darstellung folgt, daß uns der gangbare Streit nicht berührt, ob der Inhalt des vom Richter aufzuerlegenden Beweises die Existenz des Gewohnheitsrechts überhaupt, oder der dasselbe begründenden einzelnen Thatsachen ausmachen dürfe. Denn wir erkennen hier überhaupt nicht die Möglichkeit einer wirklich juristischen Beweisführung an. —

## §. 3.

### Das Gesetzesrecht.

Gesetz ist das vom Bewußtseyn ausgehende Recht, der abstract wirkliche Wille des Staats. Der Gesetzgeber ist das Organ der Totalität, d. h. die Nation als Ganzes weiß durch ihn und erst durch ihn ihre ihr selbst unbewußte Intention. Er faßt und spricht aus, giebt ihr zur Erkenntniß und Selbsterkenntniß das hin, was ihr eigenes Wollen ist. Der von ihm gewußte und affirmirte (d. h. gewollte, als seyn sollend gesetzte) Inhalt hat die Form des Gedankens, die Allgemeinheit des, eben deshalb geistig erfaßbaren Begriffs. Die unmittelbare Verkörperung des gesetzgeberischen Wissens ist das Wort; seine letzte Vollendung als des gelten sollenden (d. h. vom individuellen Bewußtseyn aufzufassenden und den individuellen Willen bestimmenden) totalen Willens ist seine Aeußerung als publicirtes Gesetz. Die Publication ist ein den Begriff des Gesetzes integrirendes Merkmal, d. h. das Gesetz hat in ihr erst sein Daseyn *), die ihm nothwendige Aeußerlichkeit. Die Publication ist nicht bloße Thatsache, sondern hat den Sinn und die Bedeutung des gesetzten (gesetzlichen) Rechts. Darum darf sie auch juristisch in keiner Weise als gewöhnliches Factum behandelt werden. Hieraus ist zu entscheiden

1) die Frage, ob die Publication eines Gesetzes von dem bewiesen werden müsse, welcher sie behauptet, und einen Rechtsanspruch darauf gründet? Der Richter soll das Gesetz kennen. Das Gesetz ist aber erst wirklich in dieser Aeußerlichkeit des öffentlich ausgesprochnen Worts. Darum ist die dem Richter nothwendige Kenntniß des Gesetzes zugleich und von selbst Nothwendigkeit der Kenntniß der Publication. In der Regel werden ihm hier officielle Mittel und Wege zu Gebot stehen, so daß es gar keiner Thätigkeit der Partheien bedarf, um ihm die nöthige Kunde zu verschaffen. Wo es aber deren bedarf, gelten dafür nicht die gewöhnlichen Regeln der Civilbeweisführung **).

---

*) L. 65 C. de decurionibus.

**) Es giebt Fälle, wo der Richter bloß durch die Parthei eine Kenntniß des Gesetzes erlangen kann. Dies ist der Fall bei eigentlichen Privilegien, was sich nach der Natur dieser Art von Gesetzen von selbst ergiebt (vgl. § 5 A. II. b).

2) ob auch vor der Publication ein Gesetz übertreten werden könne von demjenigen, welcher zufällig vorher das schon vom Gesetzgeber gesprochne Wort sah? Auch hier muß behauptet werden, daß weder der noch bloß geistige, noch auch der schon als Wort verkörperte, sondern erst der publicirte Wille das Gesetz ist. Vor diesem seinem Daseyn kann es weder befolgt, noch übertreten werden. —

Das vom Gesetzgeber als ausgesprochner Wille objectivirte Wissen ist ein objectives, es ist das über der Meinung stehende Bewußtseyn. Jedes besondre Wissen von Individuen, welche über die Zweckmäßigkeit des Gesetzes raisonniren, und ihm (als einer die wahren Bedürfnisse und Triebe der Nation nicht treffenden Norm) ihre Anerkennung verweigern, ist nur ein subjectives, das als legislative Theorie bloß Einfluß haben kann auf das noch nicht zum Daseyn gelangte Gesetz. Das wirklich vorhandene Gesetz ist objectiv das rechte und gerechte *).

Das Gesetz ist aber nur abstract wirklicher Wille des Staats. Er ist der totale Wille, welcher seyn soll, aber nicht ist. Auf dieser Stufe seiner Entwicklung hat er nur noch die erste geistige Wirklichkeit; vollendet ist er erst, wenn er natürlich wirklich geworden ist. Als der in Form des Begriffs gesetzte Wille bedarf das Gesetz, um concret wirklich zu werden, noch besondrer Organe, durch welche es mit objectiver Gültig-

---

*) Eigentlich paßt das Prädicat der Gerechtigkeit auf das Gesetz selbst nicht. Der Begriff der Gerechtigkeit fällt unter das Gesetz. Ungerecht ist der Private, welcher den Willen des Gesetzes nicht erfüllt, ungerecht ist der Richter, welcher in seiner richterlichen Function sich eine practische Inconsequenz zu Schulden kommen läßt. Aber ungerecht kann der Gesetzgeber, welcher sich innerhalb der ihm gesetzten verfassungsmäßigen Schranken hält, nicht seyn. Es giebt nur eine Unsittlichkeit, nicht aber eine Ungerechtigkeit des Rechts. Ueber das Unsittliche giebt es aber nur ein absolut subjectives Urtheil. In einem gesunden Staat, welcher allein wirklicher Staat ist, will der Gesetzgeber als Organ der Totalität nur, was er durchsetzen kann, und er kann nur durchsetzen, was die Nation will. Hier ist ein durch und durch zusammenstimmendes Wollen. Wo der Nation diese Willenskräftigkeit fehlt, da isolirt sich auch der Gesetzgeber, und ist in diesem Fürsichseyn unwirklich, aber zugleich in dieser seiner Schwachheit der wirkliche Repräsentant des schwachen Staats, der sprechendste thatsächliche Beweis der Ohnmacht, der Krankheit des Staats.

keit concret gewußt, und in dieser individuellen Gestalt ausgeführt wird. Diese endliche Verwirklichung des Rechts geschieht durch das Gericht (vergl. § 4. Dritte Abthl.) *).

## §. 4.

### Concrete Verwirklichung des Rechts. — Verhältniß des Juristen zum Gesetz.

## Erste Abtheilung.

### Theorie des Rechts. Interpretation.

Das Gesetz soll ausgeführt werden. Das Gesetz ist als solches der objective Wille, welcher nur noch abstracte Wirklichkeit hat. Die concrete Wirklichkeit ihm zu geben, ist die Aufgabe des Gerichts, als des Organs der Realisation des Willens des Staats. Die Verwirklichung des Civilgesetzes geschieht dadurch, daß ein Subject, welches sich auf die concrete Anwendbarkeit desselben beruft, diese seine Behauptung gerichtlich durchsetzt. Dies erfolgt durch den Spruch des entscheidenden Richters. Die richterliche Entscheidung ist aber nur noch das Wollen des Daseyns des concreten Rechts (der Richter spricht aus, das Subject habe Recht, sein Recht solle anerkannt werden). Durch die Execution des Richterspruchs verwandelt sich dieses concrete Sollen in natürliches sinnliches Daseyn, die letzte Endlichkeit und concrete Wirklichkeit des totalen Willens.

Wir heben hier zur besondern Betrachtung den Punct hervor, wo das Gesetz, ehe es durch richterliches Urtheil realisirt wird, Gegenstand des Wissens ist. Denn das vom Gericht ausgehende Wollen des concreten Rechts setzt voraus das Wissen desselben. Diese der practischen Entscheidung voraufgehende Wissensoperation ist juristische Theorie, und ein einzelner theoretischer Act ist Interpretation. Interpretatio ist Ergründung des jurstischen Willens, Entwicklung des Inhalts einer juristischen Norm. Der normirende die Quelle richterlicher Entscheidung bildende Wille ist das Gesetz, und, wo es das Gesetz zu-

*) Näheres über den Character des Gesetzesrechts und über Eintheilungen der Gesetze erfolgt in besondern Lehren.

läßt, der Privatwille (einseitig als letzter Wille, zweiseitig als Vertrag). Diesen Willen bis in seine Tiefen zu verfolgen, den wirklichen vollen Gehalt desselben zu erkennen, ist der Beruf des Juristen, und nach dem so erkannten Willen den ihm vorgelegten Fall zu entscheiden, ist die Aufgabe des heutigen Richters. Denn zu allen Zeiten zwar ist der Richter verpflichtet, das Gesetz zu realisiren; aber die Zeitalter und Völker divergiren in den Grundsätzen darüber, was als juristischer das richterliche Urtheil bestimmender Wille gelten solle. Um das Wesen der Interpretation, wie sie für den römischen Richter zur Zeit der classischen Jurisprudenz galt, und für den heutigen Richter noch gültig ist, begreiflich zu machen, gehen wir aus von einem Zustand des römischen Staats, wo eine solche Interpretation absolut nicht war *). Dies ist das Zeitalter des jus strictum, der Gebundenheit, Natürlichkeit des Rechts. Der römische Staat war damals absolute Republik. Hier, wo die Nation noch war die chaotische Masse der Gleichen und Freien, der Unabhängigen Einzelnen (privi), schuf jeder paterfamilias durch seinen Ausspruch (lex privata) für seinen Bereich (familia) das jus, was für und gegen ihn gelten sollte, und alle willensfähigen cives durch Gesammtbeschluß (lex publica) das, was sie Alle binden sollte. In diesem Staat konnte eine wirkliche Einheit des Alle beherrschenden Wollens nur entstehen durch freiwillige Unterwerfung des Einzelnen Freien. Das Grunddogma dieser Menschen (die sich in diesem Zustand absoluter Willkühr wissen, darum auch nur so wollen können) ist, daß nur das als Recht gilt d. h. als normirender Wille durchgesetzt und erzwungen werden darf, was das Rechtssubject als seinen Willen unmittelbar äußerlich kund gegeben hat. Das wollende Subject ist hier aber das souveraine Volk in seiner Gesammtheit, oder der Magistrat in der ihm angewiesenen Sphäre, oder der souveraine paterfamilias über den ihm absolut unterworfenen Kreis der Familie. Nach dem republicanischen Dogma gilt als Recht, was ein solches

*) Näheres über das in den zunächst folgenden Erörterungen Enthaltene kann nur eine wissenschaftliche Geschichte des Römischen Rechts liefern, welche die Nothwendigkeit einer solchen Entwicklungsstufe des römischen Staats und Rechts darlegt

Subject ausgesprochen, und nur so, wie er es ausgesprochen hat (lex publica, edictum, lex privata). Der Wille des Volks, des Magistrats, der Privatwille ist hier nur juristischer Wille für den speciell angegebenen und nach allen Beziehungen bestimmt ausgesprochenen Inhalt, und die aus der Norm hervorgehende rechtliche Verpflichtung geht nur auf dieses bestimmt vorgezeichnete Object (certum). Das strictum jus herrscht, wenn der Wille fixirt ist an seine äußerliche Erscheinung, wenn die Wirksamkeit der rechtlichen Disposition gebunden seyn soll an die Uebereinstimmung des der richterlichen Beurtheilung vorliegenden Factum mit dem buchstäblichen Inhalt der Norm. Das Aeußere ist hier nicht bloßes Medium der Erkenntniß des Willens, der erste Anhaltspunct, um zum Wissen des Willens zu gelangen, sondern gilt als der Wille selbst, macht ausschließlich und vollständig den juristischen Willen aus. Kein Moment der wörtlich angegebenen gesetzlichen Voraussetzung darf hier als zufällig und gleichgültig behandelt werden, denn der volle Inhalt der Norm ist begriffen und beschlossen in der Gesammtheit der speciell vorliegenden und unmittelbar erkennbaren Merkmale. Das herrschende Recht ist hier das unmittelbare, feste, einfache (directum, asperum, simplex *), weil der Wille nur gilt für das Einfache und Einzelne, wofür er ausdrücklich gesetzt ist, und nie bezogen werden darf auf einen Inhalt, der nicht in dem Ausdruck begriffen ist. Es ist hier immer nur gemeint, was gesagt ist (id, quod dictum est, nicht id, quod actum est). Das richterliche Erkennen ist in diesem Staat nicht geistig freies Begreifen des Willens, sondern unmittelbares Erfassen des als Ausdruck des öffentlichen oder Privatwillens gebrauchten, schriftlich verzeichneten oder in sonst sinnlicher Weise ihm bewahrheiteten Worts. Die Aeußerlichkeit des Worts zwingt den Richter zur Entscheidung, denn jedes freie Erfassen des fremden Willens wird empfunden als ein Eingriff in die geschlossene Sphäre abstracter Willensherrschaft. Das Dogma der Nation will das so, weil sie das zum Wollen befähigte Subject nur als ausschließlichen Herrn seines Willens sich zu denken vermag. Es giebt hier kein wahres Wissen, keine Deutung des juristischen Willens,

---

*) Cic. pro Rosc. Com. c. 4.

keine interpretatio *). Nachdem der römische Staat sich vollständig als Republik entwickelt hatte, begann die Nation über diesen errungenen Zustand hinaus zu gehen. Von nun an ist die Geschichte ihres Rechts die successive Befreiung von dem alten ihr zur Natur gewordenen Dogma. Die Rechtsentwicklung ist nun das Schaffen eines dieses Dogma negirenden Gegensatzes, eines Rechts, welches ihm nicht mehr gehorcht. Das alte Recht ließ als juristischen Willen nur das vom Subject ausgehende Wort gelten. Die spätere rechtsproducirende That war nun die Befreiung aus diesen Schranken des Worts, und das Ziel dieser That, daß der juristische Wille von seiner äußerlichen Erscheinung losgebunden werde, d. h. in seiner Geistigkeit und Wahrheit zur Geltung komme. Für diesen Willen ist das Wort nur Ausdruck und Mittel der Erkenntniß. Das Recht wird nun frei beweglich, und hat erst hierdurch die seinem Begriff angemessene Wirklichkeit erreicht. Denn der Begriff des Rechts ist, Product des Geistes zu seyn, und wahrhaft entspricht es diesem Begriff erst, wenn die rechtserzeugende That selbst eine geistige ist. Der freie juristische Wille kann und soll nun frei gewußt werden. Diese geistige Operation ist juristische Theorie, und eine einzelne Aeußerung derselben ist Interpretation. Der juristische Wille herrscht nun, ohne direct durch Worte, welche nach dem Gebrauch ihn bezeichnen, ausgedrückt zu seyn, er gilt nun, wenn auch die Worte, die seinen Inhalt angeben sollen, dem gemeinten Inhalte nicht vollkommen entsprechen **). Die Worte dürfen jetzt als überflüssig

---

*) Die juristische Reflexion, welche sich in diesem Zeitalter hervorthut, ist nur darauf gerichtet, den Ausdruck, die Form des juristischen Willens zu ordnen, und zu bestimmen. Weil rechtlich nur gilt, was gesagt ist, so beschäftigt sie sich damit, dem unkundigen Privaten Formulare an die Hand zu geben, wie er, um bestimmte practische Zwecke zu erreichen, seinen Willensausdruck einrichten müsse. Der reflectirende Verstand der Kundigen (prudentes) giebt dem Volk bestimmte Wortfassungen (conceptiones verborum) für gerichtliche und aussergerichtliche Geschäfte (lege agere), und setzt es dadurch in den Stand, Beabsichtigtes zu erreichen, und gerichtlich durchzusetzen. Höher kann sich in diesem republicanischen Staat die juristische Reflexion nicht erheben. Sie bleibt ein äußerliches Thun.

**) L. 1 C. plus valere, quod agitur L. 69 pr. D. de legatis 3

und unwesentlich behandelt werden, wenn die theoretische Reflexion diese Unwesentlichkeit erkannt hat. Recht ist nun das dem wahren, wenn auch nicht ausgedrückten Willen dessen, von dem die Norm ausgegangen, Angemessene, Entsprechende — jus aequum. Dieser wahre, nicht sinnlich vorliegende, Wille ist es, welcher gesucht werden soll, und die Ergründung desselben ist geistige Production, Kunst, eigenthümliche That des Juristen. Dieser Wille ist implicirt vorhanden; ihn zu expliciren, und das ihm gemäße Resultat (aequum jus) darzulegen, ist wirkliche Interpretation. Ein solches Resultat muß sich der, welcher die Norm gesetzt hat (Gesetzgeber, Testator, Paciscent) gefallen lassen, weil die Interpretation nachweist, daß es nur einfache Consequenz seines eigenen Willens ist. Es ist das wahre consequente Recht, welches geltend gemacht werden kann gegen den, der sich auf die Aeußerlichkeit des Worts beruft. Durch die rechtsbildende Thätigkeit des Juristen gelangt das Recht zu seiner concreten Wirklichkeit, indem der gesammte innere bisher latente Gehalt einer Rechtsnorm durch ihn erst zur Erkenntniß gebracht wird. Diese juristische Operation ist Entwicklung des Rechts aus vorhandenem Stoff. Sie ist freie subjective That, die aber nicht willkührlich aus selbsterdachten Principien schafft, sondern den ihr vorgelegten Gesetzesstoff transsubstanziirt, ihn selbst erst lebendig und wirklich macht *). Was unentwickelt und unverstanden vorhanden ist, bringt sie zum Bewußtseyn, indem sie aus der (juristischen) Natur der (ihr zur Betrachtung oder Entscheidung vorliegenden) Sache, aus der Individualität des einzelnen Falles den wahren Willen, das wahre Recht deducirt (Entscheidung nach der Natur der Sache). Der juristische Wille wird hier einer Gesammtbetrachtung des vorliegenden Verhältnisses entnommen. Ihr Resultat ist das der Natur der Sache angemessene, aus der Consequenz der Sache selbst sich ergebende, das aequum **). Die aequitas ist die beständige

---

§ 10 J. de lege Aquil. (illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit rc.)

*) Die juristische Theorie, welche im Geist des Prätorischen Edicts das Recht fortbildet, ist nicht minder, als das jus honorarium, die viva vox juris civilis L. 8 D. de justit. et jur.

**) Aus dieser Identität von Aequität und Behandlung nach der

Ueberwindung des strictum jus. In diesem Gegensatz ist das strictum das Beharrliche, Feste, und aequitas die Bewegung, die That. Die Römer nennen jenes auch ipsum jus, scriptum jus, merum, summum, directum, auch schlechthin jus *). Es ist das unmittelbar Geltende, was Jeder zunächst für sich anführen, und worauf er einen rechtlichen Anspruch gründen kann. Aber das ipso jure Gültige ist weder das allein Geltende, noch auch gelangt es stets zu practischer Wirksamkeit. Es ist nicht das allein Geltende, wenn die Interpretation zeigt, daß der wahre in der entscheidenden Norm enthaltene Wille über seinen ausdrücklichen Inhalt hinausgeht **). Es kommt nicht zu practischer Geltung, wenn sie zeigt, daß die wirkliche Anwendung dieses jus im concreten Fall in Widerspruch mit dem wahren Sinn der Norm stehen würde ***). Es ist die Pflicht des heutigen Richters, nach beiden Seiten hin einer solchen Einsicht zu folgen, und das so erkannte wahre Recht zu verwirklichen, mag er es nun aus einzelnen Gesetzen

---

Natur der Sache folgt von selbst, daß die, welche durch den von uns angegebenen Begriff der aequitas unbefriedigt näher wissen möchten, wie doch ein jus beschaffen seyn müsse, um aequum genannt zu werden, keine andere Antwort bekommen können, als daß das eben der Begriff von aequitas ist, daß sich dies nicht in abstracto sagen läßt. Es kann nur concret für einen bestimmten Fall näher gewußt und gesagt werden, was Aequität sey. Denn richterliche aequitas ist stets das Erforschen und Treffen des concreten Willens dessen, von dem die juristische Norm herrührt.

*) L. 16 D. de condit. et demon. L. 16 pr. D. de minorib. Cic. pro Caec. c. 23. de offic. 1. 10. pro Rosc. Com. c. 4 L. 2. § 5 D. de aqua et aquae pl. arc.

**) Auf einer solchen Aequität beruhen die actiones utiles und in factum. Die rechtliche Disposition (hier actio), welche bisher an die im Gesetz enthaltene wörtliche Voraussetzung geknüpft war, soll nach der Interpretation auch wirksam (utilis) seyn, wenn die Gesammtheit jener Voraussetzung sich nicht vorfindet. Denn die Interpretation zeigt, daß in dem wörtlichen factischen Inhalt des Gesetzes bestimmte Momente nicht als wesentliche (d. h. vom Gesetzgeber gewollte) angesehen werden können. Directa actio heißt dann die ipso jure zustehende an den vollen Wortinhalt des Gesetzes sich anschließende Klage. Vgl. S. 30.

***) Auf dieser Aequität beruhen die exceptiones, insonderheit exceptio doli, wovon an seinem Ort das Nähere.

oder dem Gehalt und Geist einer ganzen Gesetzgebung schöpfen. Die Römer selbst haben nirgends das Wesen der Aequität weitläuftig erörtert; aber überall haben sie practisch dem, der es zu sehen vermag, das Wesen der Sache deutlich vor Augen gelegt *). Die aequitas im bisher entwickelten Sinn ist nicht, was man gemeinhin schwankend und unbestimmt unter dem Namen Billigkeit zu befassen pflegt. Sie ist daher

1) nicht blosse richterliche Milde bei Anwendung von Gesetzesnormen. Allerdings kann dies eine Art wirklicher aequitas seyn, wenn nämlich das Festhalten am Buchstaben eine Härte enthält, welche man durch Verfolgung des wahren vom Buchstaben abweichenden Willens vermeidet. Dies heißt bisweilen aequitatis benignitas **).

2) Sie ist nicht das Hinausgehen über bestimmtes Gesetz, angeblich gerechtfertigt durch die Absicht, die subjectiv angenommenen oder auch vom Gesetzgeber angegebenen Zwecke seiner Gesetz-

---

*) Nur einzelne allgemeine Andeutungen kommen vor: Die aequitas in jure wird generell sanctionirt in L. 90 D. de reg. jur. — Das Wissen des Rechts ist nicht die Kenntniß des bloßen Wortsinnes des Gesetzes, sondern des wirklichen gesetzlichen Willens, wie das rechtliche Handeln nicht ist das Befolgen der Worte des Gesetzes bei Widerspruch gegen dessen Geist L. 17. L. 29 D. de legib. — Die wahre jurisprudentia ist die Ergründung des aequum et bonum, das wahre Recht die ars boni et aequi, und nur, wer dieser Kunst Meister, ist wahrhaft Jurist L. 1 pr. § 1 D. de Just. et Jur. — Es ist die falsche juris scientia, unter deren Auctorität man der aequitas widerspricht L. 91 § 3 D. de Verb. Obl. Cic. de offic. 1. 10. (summum jus summa injuria). — Diese aequitas ist Gegensatz des strictum jus, und der Richter ist verpflichtet, jene diesem vorzuziehen L. 8 C. de judic. — Wo jus der aequitas entgegengesetzt wird, ist jenes das stricte Recht L. 52 § 3 D. de pactis L. 1 C. de legib. L. 2 § 5 D. de aqua et aquae pl. — Wo die Doctrin zwischen wörtlicher Auffassung und aequitas schwankt, da kann allein die Legislation durch nähere Bestimmung und Erklärung die Gewißheit des Rechts herstellen L. 1. L. 9. L. 12 C. de legib. — Der obige Gegensatz wird auch ausgedrückt durch jus (apices juris L. 29 § 4 D. mand.) und bona fides. Die Uebereinstimmung der Begriffe von bona fides, aequitas und Natur der Sache wird gezeigt in der Lehre von Interpretation des juristischen Privatwillens.

**) L. 18. L. 25 D. de legib. Beispiele: L. 40 pr. D. de her. pet. L. 22 § 3 C. de furt. L. 10 D. de R. J.

gebung dadurch zu realisiren. (vgl. S. 27). Sie ist auch nicht bloß da wirksam, wo die Worte des Gesetzes zweideutig gefaßt sind, oder die Disposition des Gesetzes absichtlich unbestimmt gehalten, und dem Richter eine freie Sphäre seines Bestimmens gelassen, er zur Ausfüllung von Lücken in der Gesetzgebung speciell autorisirt ist. Sie kann überall, auch bei den im wörtlichen Ausdruck bestimmten Gesetzen, eingreifen.

3) Sie ist überhaupt gar nicht das Hinausgehen über Gesetz und Recht, sondern bleibt innerhalb der gesetzlichen Sphäre, realisirt den wahren Gesetzesinhalt, und geht nur über den unwahren buchstäblichen Inhalt hinaus.

4) Sie ist endlich nicht, was bisweilen aequabilitas heißt *).

Unsre Aufgabe ist nun, den wahren Begriff von juristischer Interpretation näher zu erörtern **). Man muß unterscheiden den Grund des Gesetzes (ratio legis), den juristischen Grund oder Grund der rechtlichen Disposition im Gesetz (ratio juris), und die äußere Veranlassung des Gesetzes (occasio legis). Letztere (irgend eine historische Thatsache, welche die gesetzgeberische Reflexion zuerst hervorruft ***), interessirt den Juristen nur in untergeordneter Art; die ratio legis hat für ihn nur indirecte Bedeutung; das ihn unmittelbar Angehende ist die ratio juris. — Der Gesetzgeber wird zur Abfassung seines Gesetzes bewogen durch die Einsicht von der Zweckmäßigkeit und Nützlichkeit desselben für den Staat, welchem er als rechtsbildendes Organ dient. Dieser durch das Gesetz zu erreichende

---

*) Cic. de orat. 1. 42. Cicero empfiehlt unter diesem Namen den politischen Grundsatz, die Gesetze möglichst für alle Bürger gleich gelten zu lassen (Gleichheit vor dem Gesetz, nicht Gleichheit der Rechte). Cic. de offic. (leges sunt inventae, quae cum omnibus semper una atque eadem voce loquerentur).

**) Es giebt zwei Abirrungen von diesem wahren Begriff: a) die Buchstabenjurisprudenz, die das Wort als den einzigen Gesetzesinhalt behandelt — der Nothbehelf der Schwachen, welche nur wissen, was sie sehen. b) der Mißbrauch der ratio legis. — Beides ist Ignoranz und Willkühr, und der sich bildende Jurist kann es nur dadurch vermeiden, daß er sich einen gründlichen Begriff von Interpretation zu verschaffen sucht, und mit diesem ausgerüstet Beispiele hört, und selbst Versuche macht in Behandlung einzelner Fälle.

***) Beispiele: occasio des Edicts de postulando (L. 1 § 5 D. de postulando), und des Sct. Macedonianum. (L. 1 pr. D. de Sct. Maced.)

Zweck ist der Grund, welcher es hervorruft. Aber als bloßes Motiv des Setzens ist er eben darum dem Gesetz selbst äußerlich, und gehört nicht zu seinem Inhalte. Das Gesetz verhält sich zur ratio legis als ein Mittel zum Zweck. Die ratio motivirt den Gesetzgeber, mit bestimmten Thatsachen eine rechtliche Disposition als Folge zu verknüpfen; aber die geschehene Verknüpfung d. h. das erlassene Gesetz ist dann juristisch gänzlich unabhängig von jenem Grunde, und den Juristen kümmert nur das wirklich Gesetzte. Der nämliche gesetzgeberische Zweck kann durch die verschiedensten Gesetze realisirt werden, und das nämliche Gesetz kann die verschiedensten Zwecke haben. Das Urtheil darüber, was Zweck eines Gesetzes sey, oder (wenn der Gesetzgeber zufällig selbst ihn angegeben) darüber, ob das Gesetz dem Zweck gemäß, und welches Gesetz ihn zu erreichen im Stande sey, ist durchaus nur subjectiv, und hat nie juristischen Einfluß auf das wirklich gegebene Gesetz. Der Richter darf die Consequenzen, welche er oder ein Andrer aus den Gesetzeszwecken zieht, nie als juristische Norm und Entscheidungsquelle gebrauchen; sie dürfen ihm nur als juristisch gleichgültige theoretisch-legislative Meinungen gelten. Solche theoretische Folgerungen beruhen auf der Annahme, wer den Zweck wolle, müsse auch die dafür nothwendigen Mittel wollen. Aber eben die Einsicht dieser Nothwendigkeit ist nicht Sache des Richters. Für ihn entscheidet ausschließlich, was der Gesetzgeber als Mittel zu seinem Zweck gewollt, und als diesen seinen Willen gesetzt hat. Jede Abweichung hiervon ist willkührliche Ueberhebung der Richters, der sich dadurch zum Gesetzgeber macht. Darum ist jede Extension und Restriction eines Gesetzes nach der ratio legis unerlaubt. In diesem Sinn ist die häufig behauptete Regel „cessante ratione legis, cessat lex ipsa" falsch, und die vielfachen Declamationen der neuern Zeit gegen den Gebrauch der Rechtsanalogie und gegen übermäßiges theoretisches Generalisiren haben nur einen Sinn, wenn sie bezogen werden auf diesen falschen Gebrauch der Analogie und diese unjuristischen Tendenzen. Dergleichen Gesetzesbehandlung ist nicht Interpretation, denn wahre Interpretation geht nie über den gesetzlichen Inhalt hinaus; sie geht nur hinaus über den Wortinhalt des Gesetzes, aber gemäß dem wahren Inhalt d. h. dem wirk-

lichen Willen des Gesetzgebers. Die falsche Doctrin behandelt den bloßen Nützlichkeitsgrund (factischen, politischen Grund) des Gesetzes als Rechtsprincip, und hält sich für berechtigt und verpflichtet, alle daraus nach eigner Logik gezogenen Schlüsse als Deductionen aus höheren Rechtsgrundsätzen practisch anzuwenden *). Aber verwerflich ist nur dieser unmittelbare Gebrauch der ratio legis. Denn indirect kann auch die Erkenntniß des factischen Grundes der juristischen Theorie nützlich werden, indem sie dieselbe unterstützt in Erforschung des gesetzlichen Willens. Sie kann dem Juristen eine Präsumtion für den Sinn des Gesetzes an die Hand geben; aber sie ist immer nur ein einzelnes unterstützendes Moment. —

Das Gesetz ist die Verknüpfung einer Bestimmung oder

---

*) In der heutigen civilistischen und noch mehr in der criminalistischen Theorie und Praxis hat sich dieses willkührliche Raisonniren unter den verschiedensten Titeln geltend gemacht. Bald tritt es auf als Billigkeit, Deduction aus der Natur der Sache, aus s. g. höheren Rechtsprincipien, bald als Interpretation nach dem Geist der Gesetze, als analoge Gesetzesbehandlung u. s. w. Häufig glaubt solch' unjuristisches Treiben wegen vermeintlich geistreicher Rechtsbehandlung auf besondere Ehre und Dank Anspruch machen zu können, und pflegt wohl gar mit der Prätension aufzutreten, daß es philosophische Bildung mit practischer Brauchbarkeit vereinige. Es ist den besseren Practikern nicht zu verargen, wenn sie solche Hohlheit, die weder Jurisprudenz noch Philosophie ist, zurückstoßen und verlachen. Dennoch hat dieses Unwesen sich breite Bahnen eröffnet, und es ist ihm nur ein Ende zu machen durch Verbreitung gründlicher Einsicht in das Wesen der Theorie und Interpretation, die sich aber nur gewinnen läßt durch Anschauung concreter Ausführungen und eigne Uebung in den speciellsten Anwendungen. — Das römische Recht warnt auch vor dem falschen Gebrauch der rationes (L. 20. L. 21 D. de legib.). Die römische Jurisprudenz hielt sich frei von solchen Verirrungen. Jedoch enthält ein seltenes Beispiel der Art L. 19 pr. L. 40 pr. D. de condict. indeb., wo der Jurist die Motive des Sct Vellejanum und Macedonianum zu Rechtsprincipien erhebt, und daraus fälschlich eine generelle Regel ableitet. — Ohne Zweifel hat die hier sehr schwankende römische Terminologie selbst Veranlassung zu den vielfachen Mißverständnissen der heutigen Zeit gegeben. Die römischen Juristen gebrauchen das Wort „ratio“ bald für ratio juris, bald für ratio legis, und sprechen oft von ratio juris, wo sie darunter verstehen, was wir oben ratio legis genannt haben. Hier ist bei Exegese der Quellen große Aufmerksamkeit nöthig. —

rechtlichen Disposition mit bestimmten Thatsachen. Diese bilden die Voraussetzung für jene, und sind innerhalb des Gesetzes selbst der Grund (ratio) der Bestimmung (juris). Der factische Stoff *) ist für sich gleichgültig, und nur dadurch, daß er der Gegenstand einer vom Gesetzgeber ausgehenden Bestimmung ist, gewinnt er juristische Bedeutung. Ebenso ist die Bestimmung für sich nichts, sondern wird erst durch das Factum, als das zu bestimmende Object, das, was sie seyn soll. Also die Einheit von Beiden ist ihre juristische Wirklichkeit, und diese Einheit ist das Gesetz. Der Gesetzgeber spricht seinen Willen in Worten aus. Darum ist das erste Geschäft des Juristen, diesen Wortsinn des Gesetzes nach dem allgemeinen, oder dem besondern Redegebrauch des Gesetzgebers aufzufassen (interpretatio grammatica). Aber dieser erkannte Wortsinn gewährt dem heutigen Richter nur einen Fingerzeig, nur die nächste Präsumtion für den wahren Inhalt des Gesetzes. Der Gesetzgeber sagt nicht immer, was er meint d. h. sagen will, aber das von ihm Gemeinte ist das wirkliche Gesetz. Der Grund dieser Mangelhaftigkeit des Ausdrucks ist nicht bloße Unfähigkeit, den Gedanken vollkommen treu in Worten darzustellen, sondern häufiger noch die Schwierigkeit, in dem Moment des Setzens den vollen Gehalt seiner Intention, den Reichthum des Stoffs, den er normiren will, sich zu vergegenwärtigen. Das Geschäft des Juristen ist nun, den vollen, auch unsichtbaren Willen des Gesetzes (sententia et mens legis) auseinander zu legen (Auslegung).

Diese Operation besteht zunächst darin den juristischen Grund d. i. den Inbegriff der Momente, welche den Grund (ratio) der Rechtsdisposition (juris) im Gesetz ausmachen, zu erforschen, **) oder was dasselbe ist, die *wesentlichen* Merkmale des Rechts-

---

*) Uebrigens kann, was in *einem* Gesetz als rechtliche Disposition, also als Folge auftritt, in einem andern Gesetz wiederum als juristischer Grund d. h. als factische Voraussetzung erscheinen. Factum ist hier immer der Stoff, das Object, welches bestimmt wird, die Substanz, welche prädicirt wird, der Grund, welcher das jus zu seiner nach dem Willen des Gesetzgebers nothwendigen Folge hat.

**) Wir werden im Verlauf des Werks diesen Inbegriff der wesentlichen thatsächlichen Momente häufig „Thatbestand" nennen, ein Ausdruck, der im Civilrecht ebensowohl heimisch zu werden verdient,

begriffs zu erkennen, denn wesentlich sind eben diejenigen, welche nach dem Willen des Gesetzgebers die rechtliche Bestimmung im Gesetz motiviren. Das Ergebniß dieser Interpretation nach der ratio juris kann eine doppelte Abweichung vom Wortinhalt des Gesetzes enthalten, eine Extension oder Restriction des Wortsinnes. Die extensive Interpretation, indem sie in dem wörtlichen Inhalt des Gesetzes bestimmte Momente als unwesentliche (als zufälligen unangemessenen Ausdruck des Willens) erkennt, und darum unberücksichtigt läßt, zieht dadurch unter das Gesetz eine Menge von Fällen, welche nach den Worten nicht darunter fallen. Sie verengt den wörtlichen Inhalt auf den wesentlichen Thatbestand, und erweitert dadurch den factischen Inhalt, da die einzelnen Fälle, um dem gesetzlichen Begriff zu entsprechen, jetzt nicht mehr die vom Interpreten unberücksichtigt gelassenen Merkmale an sich zu tragen brauchen. Das Motiv der Extension ist stets ein einzelner (dem Richter zur wirklichen Entscheidung vorliegender oder bloß theoretisch gedachter) Fall, welcher unter den buchstäblichen Inhalt eines Gesetzes nicht subsumirt werden kann. Der Interpret erkennt, daß dieser Fall nur unnormirt scheint, und in Wahrheit in dem Sinn eines einzelnen Gesetzes oder der Gesetzgebung im Ganzen begriffen ist, weil er der von ihm erfaßten ratio juris entspricht. *) Diese extensive Interpretation nach der ratio juris ist juristische Analogie. **) Weil der vor-

---

als er es im Criminalrecht schon ist. Der Unterschied ist bloß, daß im Criminalrecht das an diesen Thatbestand geknüpfte jus (als die rechtliche Folge jenes juristischen Grundes) eine öffentliche Strafe ist.

*) Der Fall ist denen, die schon unter den wörtlichen Inhalt des Gesetzes fallen, nicht gleich, denn dann bedurfte es dieser ganzen Operation nicht; er kann ihnen nur ähnlich seyn, und diese Aehnlichkeit besteht eben in der Gemeinschaft der ratio d. h. der wesentlichen Merkmale, wenn auch im Unwesentlichen Abweichung vorhanden ist.

**) Allgemeine Aeußerungen der römischen Quellen über diese Analogie: Sowie das Gesetz bei seiner Rechtsbestimmung nicht die selten vorkommenden Thatsachen voraussetzt (L. 3—6 D. legib.), so kann er auch nicht alle Fälle in den Worten befassen (L. 10—12 D. eod.). Darum ist die Extension dessen, quod primo constituitur, das procedere ad similia oder certius statuere, und das richterliche Entscheiden hiernach nothwendig, und dies ist interpretatio (L. 11. 12 D. eod.)

liegende Fall mit andern Fällen in wesenlichen Merkmalen (dem juristischen Grunde) übereinstimmt, so schließt man, daß diese Uebereinstimmung sich auch in der rechtlichen Folge (dem an das Factum geknüpften jus) finden müsse; (ubi eadem juris ratio, ibi eadem legis dispositio.) Man schließt 'ανά λογον i. e. secundum rationem. *) Man kann eine engere und weitere Analogie unterscheiden (Gesetzesanalogie und Rechtsanalogie.) Jene bezieht die Rechtsbestimmung eines einzelnen Gesetzes auf einen Fall, welcher nicht in dem Wortsinn desselben enthalten ist, aber ein Merkmal hat, welches der wirkliche Grund der rechtlichen Disposition dieses Gesetzes ist. **)

---

Noch näher sagt hierüber L. 27 D. eod. „— semper quasi hoc legibus inesse credi oportet" d. h. es versteht sich bei jedem Gesetz von selbst, daß es für später sich ergebende ähnliche Fälle auch gilt, obgleich sie nicht unter die Worte desselben fallen.

*) Ueber den Begriff der Analogie: Quint. institut. 1. 5 (— ejus haec vis est, ut id, quod dubium est, ad aliquid simile, de quo non quaeritur, referat, ut incerta certis probet) Varro de L. L. 9. 4.

**) Beispiele: L. 27 § 3 D. de rei vindic., wo der Jurist die nach den Worten des Sct. nur für die hereditatis petitio geltende Bestimmung, daß auch der, qui dolo desiit possidere, condemnirt werden könne, auch für die rei vindicatio zuläßt. Er sagt: „cum enim in hereditatis petitione, quae et ipsa in rem est, dolus praeteritus fertur, non est absurdum, per consequentias et in speciali in rem actione dolum praeteritum deduci. Die Consequenz fordert dies, weil nach der Meinung des Juristen die wahre ratio juris im Sinne des Senatsconsults nicht die besondern Merkmale der hered. petitio ausmachen, sondern die Eigenschaft der Dinglichkeit der Klage (quae et ipsa in rem est). Ist das aber der Grund der gesetzlichen Wirkung, so trifft er auch für die rei vindicatio zu. — Ein ferneres Beispiel: — L. 1 § 2 L. 2. L. 3 pr. 1 L. 12 § D. de Public. in r. a. Nach seinem wörtlichen Inhalt knüpft das Edict seine Rechtsbestimmung (die actio) auch an das Merkmal der geschehenen traditio rei (L. 1 pr. D. eod.) Die Juristen nun erklären dies für ein unwesentliches Merkmal, und lassen mithin die Klage zu für Fälle, welche bloß die übrigen als wesentlich erkannten Merkmale der gesetzlichen Voraussetzung an sich tragen. Sie extendiren den Wortinhalt des Edicts nach der ratio edicti. — Als generelles Beispiel kann ferner jede actio utilis genannt werden: L. 21 D. de praescr. verb. (quoties deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio est.) Der Ausdruck „utilis" darf nicht irre machen, als wenn das etwa hindeuten sollte auf irgend eine concrete utilitas, welche der Jurist im

Die **Rechtsanalogie** ist eine Interpretation, welche die speciellen characteristischen Merkmale verschiedener Rechtsbegriffe als unwesentlich unberücksichtigt läßt, die ihnen gemeinsame Rechtswirkung als die Folge eines ihnen allen gemeinsamen Merkmals betrachtet, und sie dann auf solche Fälle bezieht, welche zwar nicht jene speciellen, wohl aber dieses gemeinsame Merkmal an sich tragen. Wie die Gesetzesanalogie den Geist eines einzelnen Gesetzes erfaßt, so operirt die Rechtsanalogie nach dem Geist des Rechts und der Gesetzgebung im Großen. Wenn eine Thatsache vorliegt, die ein Merkmal hat, welches irgendwo im Recht die ratio einer Rechtswirkung ist, so erscheint es der juristischen Reflexion consequent, (aequum)

---

Sinne des Gesetzgebers durch Zulassung einer solchen Klage erreichen wollte. Er steht blos im Gegensatz des strictum, und bezeichnet für den Römer, dem noch das altrepublikanische Dogma als das natürliche erschien, eine Klage, welche im Gegensatz dieses alten Grundsatzes Effect hat, wirksam ist. (Hierauf geht auch der Ausdruck in L. 13 de legib. „— quae tendunt ad eandem utilitatem"). Die alte unmittelbar nach dem Gesetz schon zustehende Klage heißt dann actio directa, legitima (L. 13 pr. D. ad leg. Aquil. L. 22 § 2 D. de aqua et a. p. a.) — Ein Beispiel giebt die legis Aquiliae actio (§ 16 J. de leg. Aquil. L. 11 § 10 L. 12 L. 13 pr. D. ad leg. Aq.). Die actio l. A. setzt nach den Worten des Gesetzes voraus damnum corpore corpori datum, und steht auch nur einem verletzten dominus rei zu. Der Jurist, welcher eine Thatsache vor sich hat, welche diesen Worten nicht ganz entspricht, (z. B. weil der Schaden nicht corpore zugefügt oder nicht der dominus selbst verletzt ist) wendet doch die rechtliche Wirkung (actio) auf sie an, weil er erkennt, daß nach dem Sinn des Gesetzes das Moment, dem sie nicht entspricht, ein zufälliges unwesentliches ist, und die andern wörtlichen Voraussetzungen des Gesetzes allein die ratio actionis ausmachen. — Ebenso ist nach den Worten des Gesetzes bloß perempti corporis aestimatio in Betreff des Ersatzes zu berechnen. Die Jurisprudenz läßt aber eine darüber hinausgehende Ersatzforderung zu, weil sie dies als wahren Willen des Gesetzes, und jene Worte nur als unangemessenen Ausdruck dieses Willens erkennt (§ 10 J. l. l.). Uebrigens nennen die römischen Juristen diese utilis actio auch oft in factum actio. (vgl. L. 9 § 1. 2 D. mit § 16 J. l. l.) Der Zusatz „factum" bezeichnet auch nur den Gegensatz gegen das unmittelbar aus den Worten der lex zustehende jus. Denn im Sinne des alten Grundsatzes war eine solche nicht unmittelbar durch die lex geschützte Thatsache ein blosses factum.

daß jener Thatsache wegen der Gemeinschaft des Grundes auch die Rechtswirkung (z. B. actio) beigelegt werde. *)

Die restrictive Interpretation entzieht dem Gesetz die Anwendung seiner Rechtsbestimmung auf Fälle, welche unter den Wortverstand desselben fallen. Sie erkennt in seinem buchstäblichen Inhalt einen nur mangelhaften Thatbestand, und findet in einem nicht ausgedrückten, aber beabsichtigten Moment ein wesentliches den gesetzlichen Begriff integrirendes Merkmal. Durch die Erweiterung dieses Begriffs verengt sie die Sphäre der Anwendung des Gesetzes, indem nun alle die Fälle als vom Gesetz nicht befaßt gelten, welchen jenes wesentliche Merkmal fehlt. Hat der Interpret so die wahre ratio juris erfaßt, und liegt ihm dann ein Fall vor, der zwar den Worten des Gesetzes, aber nicht jener ratio entspricht, so urtheilt er, daß consequent auch die Anwendung der gesetzlichen Bestimmung cessiren müsse (cessante juris ratione cessat jus). **)

---

*) Ein Beispiel hierfür ist die actio in factum praescriptis verbis. Im ältern römischen Recht gab es nur vier Geschäfte, wo die datio s. praestatio rei eine Klage auf Leistung hervorbrachte. Die Klage aus jedem dieser Geschäfte hatte außer jener generellen ratio noch specielle Voraussetzungen, nämlich nach Art des Zwecks, weswegen gegeben, und nach Art dessen, was gegeben war (eine fungible oder nicht fungible Sache zum Gebrauch, eine Sache zur Aufbewahrung, zur Sicherheit für eine Forderung u. s. w.) Die Juristen der classischen Zeit nun lassen für die actio diese speciellen Merkmale unberücksichtigt, und fassen bloß das Merkmal „res ob rem data" als ratio actionis auf. Sie schließen, daß consequent überall, wo diese ratio sich finde, eine Klage auf die res, ob quam res data est, gestattet werden müsse. Sie nennen die Klage auch civilis, actio als durch juristische Interpretation hervorgebracht (nach der engsten Bedeutung von jus civile L. 2 § 5. 12 D. de orig. jur.) L. 1—3 D. de praescr. verb. —

**) Jede concrete exceptio doli beruht auf einer restrictiven Interpretation. Aus der Individualität des ihm vorliegenden Falles zeigt der Jurist, daß die nach dem wörtlichen Inhalt einer Norm gegen den Beklagten statthafte actio hier cessiren müsse, weil der Kläger in einem Widerspruch mit seinem eignen Willen versire. Die aus der von ihm selbst anerkannten Norm (seinem eignen Willen) hervorgehende Consequenz begründet hier eine Ausnahme (exceptio) von der regelmäßigen Wirksamkeit der actio. (Vgl. die Lehre von dolus und bona fides im Cap. 5.)

Wo eine solche Restriction eingreift, da hat der Gesetzgeber im Gesetz mehr gesagt, als er wollte, und in dem Augenblick der Conception des Gesetzes einen größern Umfang des Factischen vor Augen gehabt, als er wirklich meinte, und normiren wollte. *)

Freiheit der Gesetzesbehandlung ist das Princip des heutigen Rechts, und schlecht erfüllt der Jurist seinen Beruf, pflichtwidrig handelt der Richter, welcher seiner Neigung, ängstlich am Buchstaben des Gesetzes zu verharren, Raum giebt. Nur da darf und muß er sich dem bloßen Wort bequemen, wo der Gesetzgeber ausdrücklich erklärt, daß er ausschließlich darin seinen Willen gesucht haben wolle (s. g. verbalis s. stricta interpretatio). **)

Ausdrücklicher Wille des Gesetzgebers macht aber allein eine Ausnahme von dem herrschenden Grundsatz, und man geht von einem falschen Begriff von Interpretation aus, wenn man die Extension von jura singularia und privilegia absolut verbietet. Das singulaire Gesetz knüpft an einen unter der herrschenden Regel des Rechts begriffenen Fall eine vom jus commune abweichende Rechtsbestimmung (vergl. S. 47.). Der Gesetzgeber wird zur Erlassung solcher Ausnahmsgesetze durch besondere Nützlichkeitsgründe (utilitas l. 16. D. de legib.) motivirt. Die Jurisprudenz darf nun hier so wenig, als bei Gesetzen andrer Art jene utilitatis ratio als Rechtsprincip behandeln, aus eigner Auctorität Consequenzen daraus ziehen, und so durch Erweiterung des Inhalts die vorhandene Singularität noch mehr erhöhen, und das jus commune noch mehr einschränken. Der Richter kann nicht wissen, wie weit der Gesetzgeber sich von seinen aufgestellten Zwecken leiten

*) Es giebt so wenig für die Restriction als die Extension bestimmte Gränzen. Der in concreto erkennbare Wille des Gesetzgebers entscheidet allein, und es kann sich ereignen, daß die Theorie einsieht, daß der buchstäbliche Inhalt jenem Willen gar nicht entspreche.

**) Beispiele: L. 10 C. de revocand. donat. Nov. 115 c. 3 pr. — Der Gesetzgeber kann hierzu seine guten Gründe haben, wenn nämlich nach der Natur des Falls Willkühr des Richters zu fürchten oder ein zu feiner Tact und zu tiefe Einsicht bei ihm vorausgesetzt werden müßte, um das Richtige zu treffen. Der Gesetzgeber darf nicht die ausgezeichnetsten Fähigkeiten und Talente voraussetzen.

lassen will. Was er mit objectiver Gewißheit wissen kann, ist bloß, daß das wirklich gegebne Ausnahmsgesetz von ihm als Mittel zum Zweck gewollt sey. Aber dieses vorhandne Gesetz selbst darf und soll er, wie jedes andre interpretiren. Auch das singulaire Gesetz soll nach seinem Geist und Sinn, und nicht nach der bloßen Aeußerlichkeit des Worts behandelt werden. Auch hier darf er aus der ratio juris den wirklichen Inhalt des Gesetzes finden, und seinen wörtlichen Inhalt erweitern. Jus singulare und privilegium in e. S. haben beide ihre ratio d. h. wesentliche Voraussetzungen, woran die Rechtsdisposition geknüpft ist. Aus dieser ratio den gesetzlichen Willen zu begreifen, ist auch hier Interpretation. *)

Wahre Interpretation ist treue Darstellung des gesetzgeberischen Gedankens. In ihrer Vollendung explicirt sie das Gesetz in den concretesten und detaillirtesten Anwendungen. Der Gesetzgeber giebt dem Juristen in dem Wort des Gesetzes nur einen Fingerzeig, woran er erkennt, was Jener will. Er bleibt bei dem Wort nur stehen, wenn er in ihm den vollen Ausdruck des Willens sieht. Er kennt die ganze Sphäre der Anwendung des Gesetzes, und sieht er ein, daß sein Zeitalter das vom Gesetz umfaßte Object, die gesetzliche Voraussetzung, nicht mehr hat und kennt, so versagt er dem Gesetz ganz seine Anwendung. Die vollkommne Theorie ist eins mit der Praxis, indem sie concret begreift, was diese concret wirklich macht. **)

---

*) Das Verbot in L. 14 D. de legib. betrifft die oben bezeichnete, über den gesetzlichen Inhalt hinausgehende, das jus commune mehr, als das Gesetz selbst will, einschränkende Extension. — Ein Beispiel der Extension des buchstäblichen Inhalts eines eigentlichen jus singulare in L. 9 § 3 D. de Scto. Maced. — Es ist die Natur des privilegium in e. S., ein concretes Subject vorauszusetzen. Darum ist jede Interpretation verwerflich, welche diesen Begriff des Privilegs aufhebt, indem sie willkührlich es auf andere Subjecte ausdehnt (C. 9 X de privileg. L. 1 § 2 D. de constit. Princ. L. 2 C. de legib.). Daß aber Privilegien durchaus wie andre Gesetze zu interpretiren, und nach dem Geist der Verfügung zu behandeln sind, sagt L. 3 D. de const. Princ. Beispiele: C. 22 X de priv. L. 2 C. de bonis vacantib. L. 2 C. de praepositis ag. in reb.

**) Die Theorie ist das Mittelglied zwischen dem Gesetz und der Praxis. Durch sie wird von der Praxis erst wahrhaft das Gesetz ge-

Juristische Theorie ist, wie jede Theorie, divinirendes Vermögen, die intellectuelle That des Genies, welche das noch ungeborne Recht schaut und in's Leben ruft. Sie formt den bisher noch rohen Gesetzesstoff, und giebt ihm die für seine endliche Verwirklichung angemessene Gestalt. Das Gesetz als Object theoretisch-juristischer Behandlung ist ein Stoff, welcher nur künstlerischer Behandlung fähig ist. Darum sind hier abstracte Interpretationsregeln, wornach der Jurist handwerksmäßig, wie nach Riß und Maaß, seine Arbeit machen könnte, unmöglich. Die oberflächlichen Sätze, welche man unter dem Namen „juristische Hermeneutik" zusammenzustellen pflegt, setzen Niemanden in den Stand, positive Resultate hervorzubringen. Jeder Jurist, vor Allem das juristische Genie, muß seine Schule gemacht haben; aber die wahre Anweisung giebt ihm nur concrete Durchführung und Beispiel. Ist die juristische Anlage durch Lehre und Uebung zur That gereift, dann wird sie in dem Moment der Production nicht mehr durch Reflexion bestimmt, und die abstracte Regel ist nun für die schaffende That bedeutungslos. *) —

---

wußt. Die wahre Theorie spricht aber nur das aus, was practisch ist, was die Praxis gebraucht. Was Jene für sich allein hat, ohne das Bedürfniß der Praxis zu treffen, darin ist sie eben nicht die wahre Theorie. Die Praxis gebraucht aber concrete Anschauung, und dazu Anleitung und Beispiel zu geben, ist das Ziel der Theorie.

*) Abstracte hermeneutische Regeln können negativen Nutzen gewähren, indem sie die allergröbsten Fehler vermeiden lehren. Was von solchen gewußt zu werden verdient, und zur juristischen Bildung in der bezeichneten Weise beitragen kann, soll in den speciellen Lehren angegeben werden. Was über Wort- oder Texteskritik in den Compendien angeführt zu werden pflegt, ist ebenfalls unzureichend. Es bedarf hierzu eigner Studien und einer Anweisung, welche in umfassender Weise nur in besonderen Büchern und Vorlesungen gegeben werden kann. Uebrigens ist es richtig, wenn man diese Kritik eine Vorläuferin der Interpretation nennt. Aber sowohl die wählende Kritik, welche unter den verschiedenen Lesarten verschiedener Manuscripte wählt, als auch vorzüglich die Conjecturalkritik, welche gegen die Auctorität aller Handschriften eine Lesart bestimmt, entnehmen oft die größte Kraft ihres Beweises aus dem Zusammenhang und Sinn des Gesetzes, setzen also Interpretation desselben voraus. — Ueber die gewöhnlich angegebenen Regeln der grammatischen und s. g. logischen declarativen Auslegung vgl. Thibaut System d. P. § 45. 47. 48. 49. 53.

## Zweite Abtheilung.

### Das Entscheiden des Richters nach ihm gegebener Interpretation.

Die bisher dargestellte Interpretation des Gesetzes nennt man nach ihrer Quelle, als ein Werk juristischer Doctrin, interpretatio doctrinalis. Ihre Ergebnisse sind für den Richter nie bindend, er braucht nur durch eigne Ueberzeugung vom wahren Sinn des Gesetzes sich leiten zu lassen. Eine Interpretation, welche der Richter annehmen und befolgen muß, giebt es nur, in sofern sie von einer Auctorität ausgeht, deren Willen er überhaupt unterworfen ist. Eine solche nennt man interpretatio legalis, die sich je nach ihrer Quelle wiederum scheidet in authentica und usualis.

### A. Authentische Interpretation.

Sie geht aus von der gesetzgebenden Gewalt, und nöthigt darum den Richter zur Befolgung ihres Inhalts. Jede nach seiner Privatansicht noch so fehlerhafte authentische Interpretation ist objectiv richtig und bindet ihn dennoch, und sein subjectives Meinen muß sich ihr, wie jedem legislatorischen Act, unterordnen. Es ist vergeblich, eine solche Interpretation zu läugnen, und zu behaupten, daß sie, wenn ihre Resultate mit doctrinellen Regeln übereinstimmten, keine besondere Art von Interpretation sey, da es auf das interpretirende Subject nicht ankomme, und wenn sie davon abwiche, gar keine Interpretation, vielmehr ein neues Gesetz sey. Denn ob eine Interpretation falsch oder richtig, Interpretationsregeln entsprechend oder nicht entsprechend sey, ist durchaus nicht mit objectiver Gültigkeit auszumachen, daher denn jedes Ergebniß, das aus der Absicht des Gesetzgebers, ein Gesetz zu interpretiren, hervorgegangen, auch als wirkliche Interpretation gelten muß. Die authentische Interpretation ist für den Richter kein neues Gesetz, sondern der erklärte und als verstanden vorgelegte Inhalt eines alten Gesetzes. Die vorgelegte Ansicht ist aber zugleich legislatorischer Wille, und gilt darum unbedingt. *)

---

*) Es ist richtig, daß unter dem Namen einer authentischen In-

Die authentische Interpretation wird durch Ansuchen des Richters veranlaßt, welcher weder selbst eine begründete Ueberzeugung von dem Sinn eines Gesetzes sich bilden kann, noch auch einen ausgebildeten Gerichtsgebrauch vor sich hat, dem er sich unterwerfen könnte. In solchen Fällen des herrschenden Zweifels soll der Richter die gesetzgebende Gewalt um Erklärung des Gesetzes angehen. *)

### B. Usualinterpretation (consuetudo interpretativa), Gerichtsgebrauch.

Gerichtsgebrauch (rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas, usus fori, gerichtliche Praxis) ist das durch wiederholte gleichmäßige gerichtliche Entscheidungen des nämlichen Falls entstandene Recht. **) Er ist die einem Gericht zur Gewohnheit gewordene Annahme eines gesetzlichen Willens.

1) Mit dem Gewohnheitsrecht hat er die Art seiner Entstehung gemein. Denn auch hier bringt die thatsächliche Gleichförmigkeit der Befolgung einer bestimmten Norm die Nothwendigkeit d. i. den rechtlichen Character dieser Norm hervor. Auch hier ist das Recht unmittelbar wirklich, auch hier unabsichtliche, unbewußte Rechtsproduction. Ein zur Entscheidung vorliegendes Factum wird wiederholt auf gleiche Art vom näm-

---

terpretation eigentlich neue Gesetze gemacht werden können, die mit den alten, welche erklärt werden sollen, in keinem Zusammenhang stehen, und unter solchem Prätext denn die Rückwirkung von Gesetzen versteckt werden kann. Aber man bedenkt nicht, daß der Gesetzgeber auch ohne Weiteres die Rückwirkung eines Gesetzes anbefehlen, und daß er überhaupt mangelhafte Gesetze machen kann, und dennoch diese wie jene volle Gültigkeit haben.

*) L. 1. 9. 12. § 1 C. de legib. Nov. 113 c. 1 pr. in f.

**) Die von Manchen aufgestellte Eintheilung in materiellen und formellen Gerichtsgebrauch bezieht sich auf die Verschiedenheit des Objects. Wird durch den usus fori ein Rechtssatz geschaffen, wornach ein Civil- oder Criminalfall zu entscheiden ist, so ist das materieller Gerichtsgebrauch; wenn aber das processualische Verfahren in irgend einer Beziehung durch ihn in rechtliche Gewißheit gesetzt wird, so ist es der formelle. Die Eintheilung ist juristisch unbedeutend, denn im Wesen sind sich beide Arten gleich.

lichen Gericht juristisch aufgefaßt und entschieden, und diese Uebereinstimmung in den successiven Entscheidungen bildet nach und nach eine gemeine Ueberzeugung von dem in einem solchen Fall geltenden Recht aus. Die erfolgenden Urtheile werden dadurch zu Präjudicien eines gerichtlichen Rechtsgebrauchs (usus fori). Es versteht sich, daß hier, wie bei dem Gewohnheitsrecht, sich nicht abstract angeben läßt, wie viele dieser Präjudicien vorgekommen seyn müssen, um einen Brauch des Gerichts zu begründen. Gemeinrechtlich giebt es darüber keine Vorschrift. Häufig verlangt man drei gleichmäßige Präjudicien.

2) Der Gerichtsgebrauch unterscheidet sich vom Gewohnheitsrecht wesentlich durch sein Object. Der Gebrauch betrifft hier Entscheidungen des Gerichts. Die richterliche Function besteht aber lediglich darin, das Gesetz zu realisiren. Der Richterspruch gründet sich immer auf Verständniß des gesetzlichen Willens. Die Intention des Richters, als Dieners des Gesetzes, kann nur darauf gehen, den von ihm zu beurtheilenden Fall als das Object irgend einer in der Gesetzgebung vorhandenen Rechtsbestimmung aufzufassen, oder, was dasselbe ist, die Gesetzgebung zu interpretiren, und daraus zu erkennen, daß sie diesen Fall in ihren Dispositionen mitumfaßt. Das Gesetz interpretiren ist, seinen gesammten anwendbaren Inhalt anschauen, und der Richterspruch ist nur die Anwendung des erschauten concreten Rechts. Deshalb sind die den Gerichtsgebrauch begründenden Präjudicien immer Gesetzesinterpretationen, und ihr Product, der Gerichtsgebrauch, hat nie etwas Anderes zum Inhalt, als eine bestimmte durch den Gebrauch sanctionirte Art, den Gesetzeswillen zu verstehen, die Annahme eines bestimmten Sinnes irgend eines Gesetzes. *) Der heutige Richter, um seiner Aufgabe (Findung des in seinem Staat vorhandenen concreten Rechts) zu genügen, wird sich zunächst über die gemeine Ansicht von dem in einem bestimmten Fall geltenden Recht unterrichten, und wird präsumiren müssen, daß

---

*) Für Wesen und Kraft des Gerichtsgebrauchs ist es gleichgültig, ob die ihn hervorbringenden Präjudicien einzeln auf verstandesmäßig begründeter, demonstrabler Erkenntniß des gesetzlichen Willens beruhen, oder Ausdruck eines übereinstimmenden beharrlichen Tacts der Gerichte sind.

das, was die Mehrzahl gebildeter Juristen meint, der wahre Ausdruck des gegenwärtigen gesetzlichen Willens sey. Zunächst wird er eine gemeine Ansicht der Art in den juristischen Schriften, den bloß theoretisch ausgesprochenen Meinungen, suchen, und hat er keine bestimmten ihn selbst überzeugenden Gründe des Gegentheils, so wird er sich eine solche Ansicht aneignen, und als die seinige practisch anwenden. Ein so durch juristische Auctorität (communis opinio) sich geltendmachendes Recht ist, was man jus auctoritativum nennt. Aber das vorzüglichste Mittel, um das wahre Recht der Gegenwart zu finden, gewährt ihm das in res judicatae practisch schon wirklich gewordene Recht. Was ein Gericht seit lange als wahres Recht für einen bestimmten Fall anerkannt hat, das muß diesem Gericht zunächst auch als die wahre gegenwärtige Willensmeinung des Gesetzes, als das effectiv vorhandene Gesetz gelten. Dieses sein Vertrauen und das darauf gebaute Urtheil ist unmittelbar gerechtfertigt, denn die That, die bisherige Verwirklichung des Rechts, liefert ihm die Gründe für diese Annahme. Entscheidend für die Stärke dieser den Richter zunächst verpflichtenden Präsumtion ist die kürzere oder längere Dauer des Gerichtsgebrauchs. Denn ein inveterirter Gebrauch in den Gerichten hat unmittelbare Rückwirkung auf die Rechtsansicht und den Gebrauch des Volks. Die Lebensverhältnisse gestalten sich nach einer ausgebildeten Praxis, weil Jeder, der in ein solches durch die Praxis normirte Verhältniß zu treten beabsichtigt, auf die Herrschaft dieser Regel rechnet, und seine practischen Zwecke dieser vorausgesetzten Norm unterordnet. Die gerichtliche Praxis kann so ein Gewohnheitsrecht hervorbringen, und eine lange Zeit bestandene Praxis wird für den Richter die stärkste Vermuthung begründen, daß eine solche Volksmeinung wirklich entstanden sey. Der Gerichtsgebrauch hat so für den Richter vim legis, d. h. was als Wille der Gesetzgebung practisch anerkannt ist, gilt ihm auch für die Zukunft als herrschende Norm. *)

---

*) L. 38 D. de legib. L. 37 D. eod. (si de interpretatione legis quaeratur, i n p r i m i s inspiciendum est, quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa fuisset; optima enim est legum interpres consuetudo) L. 23 D. eod. L. 3 C. de aedific. privat.

Aber der Gerichtsgebrauch hat keine höhere Kraft, als das Gesetz selbst, denn er ist nichts andres, als das von den Rechtswissenden verstandene Gesetz. Das Gesetz nun gilt für den heutigen Richter nicht in seiner buchstäblichen Beschränktheit, sondern sein wörtlicher Inhalt ist Modificationen unterworfen. Darum ist auch der Gerichtsgebrauch nicht für immer auf seinen dermaligen Inhalt beschränkt, er enthält nicht strictum jus. Hat der Richter überwiegende Gründe, welche ihn lehren, daß die bisherige Ueberzeugung vom concreten Recht für seine Zeit nicht die richtige sey, so hat er volle Freiheit, nach seiner individuellen Ueberzeugung Recht zu sprechen, und in seiner Auffassung des gesetzlichen Willens von dem bisher angenommenen Resultat der Praxis abzuweichen. Der Gerichtsgebrauch hat, wie das Gesetz selbst, nach seinem wörtlichen Inhalt nur bedingt verpflichtende Kraft *). Er soll nicht die fortgehende Entwicklung des Rechts hemmen, und seine Sanction im Römischen Recht hat nicht den Sinn, daß seine Ergebnisse ein für alle Zeit geltendes Recht schaffen können und sollen. **) Uebrigens bringt es die Natur des Instanzenverhält-

---

*) L. 13 C. de sentent. et interloc. (nemo judex vel arbiter existimet, neque consultationes, quas non rite judicatas esse putaverit, sequendum, et multo magis sententias eminentissimorum Praefectorum vel aliorum Procerum (non enim, si quid non bene dirimatur, hoc et in aliorum judicum vitium extendi oportet, cum non exemplis, sed legibus judicandum sit ꝛc.). Wenn man annimmt, diese Gesetzesstelle verbiete den Widerspruch des Gerichtsgebrauchs mit bestehendem Gesetz, so ist das nur in dem oben angegebenen Sinn richtig. Sowie es der Begriff einer auf die Sache eingehenden Interpretation ist, nicht bei dem Wortsinn des Gesetzes stehen zu bleiben, so ist es auch der Begriff der zur Gewohnheit gewordenen Interpretation d. i. des Gerichtsgebrauchs. In diesem Sinn versteht sich die Möglichkeit einer Abweichung des Gerichtsgebrauchs vom Gesetz von selbst. Aber der Richter darf eine von der bisherigen Praxis abweichende juristische Ueberzeugung geltend machen, wenn er den richtigen Sinn des Gesetzes aufgefaßt zu haben meint, also glaubt, daß die Praxis in Widerspruch mit dem wahren Sinn des Gesetzes stehe, und er darf dies nicht bloß, sondern soll es auch. Das ist der Sinn dieser Stelle.

**) Die von Vielen angenommene Unterscheidung eines das Recht ergänzenden Gerichtsgebrauchs von einer bloßen gerichtsgebräuchlichen Interpretation (interpretatio usualis) beruht auf falschen Begriffen

nisses von selbst mit sich, daß der Unterrichter die bei seinem Obergericht herrschend gewordene Ueberzeugung von dem Sinn eines Gesetzes sich aneignen wird. Die den Partheien und Anwälden bekannte obergerichtliche Praxis wird den Unterrichter, der wirkliches Recht schaffen will, veranlassen, sich ihr zu accommodiren. Aber auch hier ist eine selbständige von der Praxis abweichende Ansicht dem Richter unverwehrt. Ueberhaupt aber läßt sich abstract nicht angeben, wann der Richter geneigt seyn solle, bei der vorhandenen Praxis zu bleiben, und wann nicht. Der verständige Richter wird den Mittelweg einschlagen zwischen ängstlichem trägem Beharren beim Alten und überregsamer egoistischer Kühnheit, die allein das Richtige treffen zu können vermeint. Vorzüglich kommt es hierbei auf die Art des Verhältnisses an, dessen juristische Natur der Gerichtsgebrauch normirt hat. Denn es giebt gewisse Sphären, wo der Gesetzgeber durchaus genöthigt ist, sich unbestimmt zu fassen, wo es also unmöglich seyn wird, den gesetzlichen Willen genau und überzeugend zu erfassen. Hier ist die Pflicht des Richters, der das wahre Recht effectuiren soll, dem objectiven Gefühl einer Anzahl gebildeter Juristen mehr zu vertrauen, als seinem eignen subjectiven Tact. In diesem Gebiet wird der Gerichtsgebrauch nie entbehrlich werden, und hier erfüllt er seine eigenthümliche Bestimmung, die Bestimmtheit des Rechts zu fördern. Wenn dagegen in einem Staat der Gerichtsgebrauch das allgemein herrschende Organ des Rechts wird, so ist dies das unmittelbarste Zeugniß der Schwäche der Rechtsproduction des Zeitalters. *)

---

von Interpretation. Jede Interpretation, die sich über eine Ermittelung des bloßen Wortsinnes eines Gesetzes erhebt, ergänzt eine Lücke in der vorhandenen Gesetzgebung. Vom Gesetzgeber ist nicht mehr zu verlangen, als daß er in seinem Gesetz dem Richter einen Fingerzeig giebt, wie er verstanden seyn will. Das concrete Treffen dieses Willens ist Sache des Richters, dessen freiem Ermessen und juristischem Tact der Gesetzgeber vertrauen muß. Wahre Interpretation ist Ermittelung des concreten Gesetzsinnes, und ergänzt mithin das, was der Gesetzgeber sagen will, aber nicht gesagt hat. Die Interpretation und so auch die gerichtsgebräuchliche ergänzt also das ausdrückliche Material der Gesetzgebung, obwohl nicht ihren wirklichen Willen, den sie vielmehr erst zum Bewußtseyn bringt. —

*) Der Gerichtsgebrauch kann nur in einem Staat zur Superiorität

## Dritte Abtheilung.

### Das richterliche Erkenntniß.

Das **Gericht** ist das Organ des Staats, welches den im Gesetz abstract vorhandenen Willen des Staats concret wirklich macht. Diese Verwirklichung geschieht durch das Urtheil, welches ist die Affirmation des richterlichen Wissens vom concreten Recht d. h. der ausgesprochne Wille, daß das, was er als Recht für den ihm vorgelegten Fall erkannt, auch sinnlich realisirt werde, zum Daseyn gelange. Das theoretische Erkennen wird im Richterspruch zum **practischen Erkenntniß**, der letzten Stufe der Entwicklung und Selbstoffenbarung des nationalen Willens. Das richterliche Urtheil ist das **objective** unüberwindliche Wissen des concreten Rechts, es enthält unumstößliche Wahrheit für die streitenden Subjecte und den streitigen Fall. Es löst definitiv den Zweifel über das vorhandene Recht, und seine Lösung ist eine wirkliche, weil sie auf die Macht des Staats ihre Kraft stützt. Jenseits seiner liegt nur ein subjectives Meinen, welches unbeachtet bleibt, und ein willkührliches Wollen und Handeln, welches vom Staat, indem er durch seine obrigkeitliche Auctorität dem Urtheil reelle Geltung verschafft, überwunden wird. Was der competente Richter, welcher in gesetzlicher Form verfährt, und nach wirklich vorhandenem Gesetz *) richtet, als Recht ausspricht, das ist, wenn es nicht durch ordentliche Rechtsmittel, durch welche die Streitenden eine neue Prüfung des Rechts veranlassen können, in seiner Kraft suspendirt wird **), objective Wahrheit. Es ist entschiedenes Recht, und hat für den Richter selbst, ***)

---

gelangen, wo die Legislation nicht kräftig genug ist, um mit dem Geist der Zeit Schritt zu halten, und ihre Gesetzgebung darnach zu reproduciren, und wo auf der andern Seite die juristische Reflexion nicht erstarkt ist, um im Sinn der Legislation das Recht fortdauernd zu ergänzen. In einem solchen Staat bei einem Zustand der Unzweckmäßigkeit und Ungewißheit des Rechts ergiebt sich der Richter nothwendig unbedingt der Auctorität des herrschenden Gerichtsgebrauchs. —

*) L. 1 § 2 D. quae sententiae sine appellatione. (— contra constitutiones judicatur, cum de jure constitutionis, non de jure litigatoris pronunciatur —)

**) L. 2. 3. C. sententiam rescindi non posse.

***) L. 1 C. sententiam r. n. p.

wie für die Partheien, unabänderliche Geltung (Rechtskraft)*). Das rechtskräftige Civilurtheil erzeugt formelles Recht, aber

---

*) L. 207 D. de reg. jur. L. 56 D. de re judicata. — Das nach subjectiver Ansicht schlechteste Urtheil ist dann doch das rechte und richtige: L. 12 § 3 D. de bonis libertorum. L. 25 de stat. hom. L. 29 § 5 D. mandati. — Ein eclatantes Beispiel von der Bewußtlosigkeit der classischen römischen Jurisprudenz über ihr eignes Werk, die Production des concreten wirklichen Rechts (aequum jus), gewährt die Ausnahme, welche sie zum Nachtheil eines absolvirten debitor von der Kraft der res judicata gestattet. Die römische Theorie läßt hier eine nochmalige Prüfung des im Uebrigen rechtskräftig gewordnen Urtheils zu, indem sie, wenn der absolvirte debitor freiwillig die Schuld, von der er freigesprochen, zahlt, und das Gezahlte dann hinterher condicirt, dem creditor gestattet, jetzt noch die Falschheit der res judicata nachzuweisen, und darzuthun, daß der debitor irrig absolvirt sey. (L. 28. 60 pr. D. de condict. indeb.). Die römische Doctrin wird durch den Geist ihrer Zeit genöthigt, die Herrschaft der res judicata anzuerkennen, so daß durch sie subjective Willkühr und Streit definitiv beseitigt werde. Sie anerkennt dies Resultat als ein nothwendiges, um des endlichen Friedens willen abgedrungenes. Aber ihre natürliche Neigung geht doch dahin, das republicanische Dogma, zu dessen Bekämpfung sie von der Geschichte ausersehen ist, festzuhalten. Im ächt republicanischen Sinn streiten nicht die Partheien unter Leitung des Richters, und hat das von ihm ausgesprochne Recht nicht seine Kraft durch sich selbst, durch die den Privaten unangreifbare Macht des Staats, denn es giebt in jener Zeit noch nicht eine solche in einem Punct concentrirte Willensmacht. Der Richter wird hier von den jedesmaligen streitenden Privaten selbst durch Vereinbarung eingesetzt, und dieser ihr Wille ist nach jenem Dogma der letzte und eigentliche Grund der Kraft seines Urtheils. Dieser Wille aber wird, wie immer in diesem Zeitalter, stricto jure behandelt. Der Kläger hat ausdrücklich nur eine actio vorgebracht, folglich kann auch nur auf diese das Urtheil gehen. Wird gegen ihn entschieden, so ist nur sie ihm genommen, und es bleibt ihm noch die Möglichkeit, durch eine exceptio seinen Anspruch zu schützen. In der rigoristischen Consequenz dieser Ansicht nennt die Doctrin dies das natürliche Recht, denn sie spricht von einer natürlichen Obligation des debitor, welche durch die lis (die Litiscontestation und das darauf erfolgte Judicat) nicht berührt werde, also abgesehen von der sonstigen Kraft der res judicata vom creditor geltend gemacht werden könne: L. 50 § 2 D. de peculio (— quia naturalis obligatio in litem translata non est) L. 60 pr. D. l. l. (— natura tamen debitor permanet). Sie verharrt im jus strictum, da doch die aequitas die totale Vernichtung aller Ansprüche aus dem abgeurtheilten Factum fordern

nicht in dem Sinne, als wenn es jenseits des Urtheils, im Gegensatz zu demselben, noch ein wirkliches, nur nicht anerkanntes, ein andres s. g. materielles Recht gäbe. Ein solches giebt es juristisch nur im Gebiet des Criminalrechts. Der Character des formellen Rechts ist, daß es eine definitive Beseitigung des dem Gericht vorgelegten Zweifels über das concrete Recht gewährt. Es ist formell, weil unmittelbar seine Erscheinung als endlicher Ausspruch eines Civilrichters das wahre und gewisse Recht enthält: denn eine definitive Aufhebung der Rechtsungewißheit kann nur das Civilurtheil geben. Im Gebiet des Criminalrechts, über criminelle Schuld und Verbrechen, kann regelmäßig der Zweifel stets neu sich erheben, und immer von Neuem beseitigt werden. Das Criminalurtheil giebt regelmäßig*) kein unabänderliches Resultat, keine unmittelbare juristische Wahrheit. Hier also kann es jenseits des Urtheils noch ein anderes Recht geben, was nur noch nicht ist, aber zur Anerkennung gelangen kann: dem vorläufig anerkannten Recht kann hier ein materielles Recht gegenübertreten.

Die practische Wirksamkeit des Civilerkenntnisses zeigt sich

1) darin, daß dem siegenden Kläger in der actio judicati

---

würde, und bringt dadurch den practischen Widerspruch hervor, daß das nämliche Urtheil als ein rechtskräftiges und nicht rechtskräftiges gilt. Es ist dies ein Beleg dafür, wie schwer den römischen Juristen der Abfall vom republikanischen Dogma geworden, und Schritt vor Schritt abgedrungen worden ist. Was ihnen natürlich erscheint, wird durch den Drang und Zwang des angebornen juristischen Genies überwunden, und das Resultat dieser ihnen abgenöthigten That ist das Kunstwerk des Rechts. — Nach heutigem practischen Princip hat die res judicata unbedingte Kraft: der Staat spricht durch den Mund des Richters. Jetzt gilt es nur, die Ignoranz eines überall sich eindrängenden Dilettantismus, der unter den klingenden Titeln von Billigkeit und Humanität die Heiligkeit der res judicata vernichten, und die Willkühr auf den Thron setzen möchte, zurückzuweisen. Die Raisonneurs über ein Recht, das außer dem rechtskräftig anerkannten bestände, sind darauf aufmerksam zu machen, daß, was sie (in ihrer gegen den Staat unbedeutenden Particularität) aussprechen, nichts ist, was den Namen Recht führen könnte. Einzel-Wissen und Wollen ist kein Recht. —

*) Wir sehen hier ab von der gemeinrechtlichen Frage über die Rechtskraft eines absolutorischen Criminalurtheils.

ein Mittel gegeben ist, den condemnirten Beklagten zur endlichen Verwirklichung des Rechts zu zwingen. *)

2) darin, daß sowohl der absolvirte Beklagte als der siegende Kläger jede Erneuerung der abgeurtheilten Rechtssache durch einfache Berufung auf die res judicata (exceptio rei judicatae) zurückweisen kann. **) —

Das so als res judicata bis zum letzten natürlichen Erfolg vorgedrungene Recht ist das wirkliche und einzig wahre Recht. Jedes andre, was man so benennt, ist nicht, sondern *soll* nur seyn. Nur *der* totale Wille, welcher ausgeführt ist, und den individuellen Willen gerichtet hat, ist Recht.

## §. 5.

### Verhältniß der Gesetze unter einander.

A. Das einzelne Gesetz tritt in eine schon vorhandene Welt des Rechts ein. Der Staat hat in der Gesammtheit des in ihm herrschenden Rechts das auf sein Bedürfniß berechnete totale Wollen. Aber das Leben des Rechts ist, daß in jedem Moment das Bedürfniß neu sich erhebt, und über das vorhandene hinaus treibt. Jedes neu hinzukommende Gesetz tritt darum in irgend ein Verhältniß zum bestehenden Recht. Dies Verhältniß läßt sich in zwiefacher Weise auffassen:

I. Das Gesetz stimmt mit dem vorhandenen Recht überein.

Hier ist das Gesetz nicht eigentlich neu, sondern in irgend einer Weise und aus irgend einem Grunde eine Wiederholung des schon bestehenden. Dies kann geschehen

1) durch bloße Einschärfung, indem der Gesetzgeber den practisch vernachlässigten Inhalt eines alten Gesetzes aufs Neue sanctionirt. Solche bestätigenden und erneuernden Gesetze er-

*) L. 4 § 3 D. de re judicata. (ait Praetor: condemnatus ut pecuniam solvat.) — Labeo interpretirte dies dahin, daß der Prätor auch jedes andere satis facere, außer Zahlung der im Urtheil benannten Geldsumme, gemeint habe. Die spätere Jurisprudenz ließ aber eine solche Interpretation des Gesetzes nur unter ganz besonderen Umständen zu.

**) Hierüber vgl. das dritte Capitel.

innern das Volk und den Richter an die Befolgung. Es gehören aber dahin nicht die Gesetze, welche einen wirklich allgemein außer Gebrauch gekommenen Rechtssatz herstellen. Diese sind ganz wie neue Gesetze zu behandeln.

2) durch bloße gesetzgeberische Auslegung eines schon bestehenden Gesetzes. Die interpretirende Verfügung ist ihrem Inhalte nach nicht neu, sondern nur neu für die den wahren Gesetzeswillen nicht verstehenden Richter und Unterthanen. Sie kann, wie jede Interpretation, eine Restriction oder Extension des bisher angenommenen Sinnes des Gesetzes enthalten. Der Gesetzgeber übernimmt hier eine theoretisch-juristische Operation, die aber durch ihn einen gesetzlichen Character erhält. *)

II. Das Gesetz widerstreitet dem bisher bestehenden Recht.

Dieser Widerstreit ist nur so möglich, daß die Rechtsbestimmung eines Gesetzes entweder für die ganze gesetzliche Voraussetzung (den factischen Inhalt) oder nur für irgend eine specielle Beziehung derselben außer Kraft gesetzt wird: **)

---

*) Eine solche Verfügung kann sich in ganz abstracter Form halten, d. h. ganz allgemein die Merkmale der im erklärten Gesetz enthaltenen Rechtsbestimmung angeben, oder auch das Gesetz concret interpretiren, indem sie einen bestimmten Fall als in dem Sinn eines Gesetzes gelegen und von der gesetzlichen Bestimmung umfaßt, erklären. Bei den Römern geschah Letzteres durch rescripta Principis. Es war gebräuchlich, daß Richter oder Privaten vor Anhängigmachung eines Streits oder sogar während der Litispendenz die kaiserliche Rechtsmeinung über den bestimmten Fall erfragten. Das dann vom Kaiser ausgesprochene specielle Recht ward als gültige Norm betrachtet. Solche vor einem Streit erlassene specielle Gesetzinterpretationen erhielten sich unter gewissen Einschränkungen bis auf die späteste Kaiserzeit. Heutzutage sind sie unpractisch, indem man sie allgemein als unverträglich mit der Freiheit und Natur des Richteramts ansicht (als s. g. Cabinetsjustiz). Die während des anhängigen Rechtsstreits erlassenen Rescripte hatten unmittelbar die Natur richterlicher Erkenntnisse. Diese wurden schon vom spätern Römischen Recht selbst für ungültig erklärt. (Nov. 113 c. 1 Nov. 125 L. 2 C. ut lite pendente vel p. p.)

**) Die bloße Aufhebung eines Gesetzes ohne ausdrückliche Substituirung eines neuen gesetzlichen Inhalts kann auch die Wiederherstellung des vor dem aufgehobenen Gesetz geltenden Rechts enthalten, z. B. wenn ein jus singulare aufgehoben wird, so ist die Regel dadurch von selbst wieder unbeschränkt geltend.

1) Wenn das neue Gesetz die Bestimmung des alten ganz entkräftet, *) so entsteht die Frage, ob diese Aufhebung auch auf die von dem alten Gesetz schon gemachten Ausnahmen sich erstreckt? Das Princip ist hier, daß ein solcher Wille des Gesetzgebers, gleichzeitig die Ausnahme mit der Regel aufzuheben, nicht ohne Weiteres präsumirt werden darf. **) Möglich ist es aber allerdings, daß nach dem ganzen Gehalte des neuen Gesetzes die Ausnahme nicht fortbestehen kann, also nach dem stillschweigenden Willen des Gesetzgebers nicht fortbestehen soll. Wenn ferner in einem besondern District eines Landes eine vom allgemeinen Landesrecht (jus universale s. generale s. commune) abweichende Rechtsbestimmung (jus particulare) gilt, und dann ein neues Landesgesetz das universelle Recht abschafft, so ist dadurch das Particularrecht von selbst nicht mit aufgehoben. ***)

2) Wenn das neue Gesetz dem alten nur in seiner Beziehung auf einen bestimmten ihm unterworfenen Fall widerspricht, also dasselbe in allen andern Beziehungen neben sich fortbestehen läßt, so verhält es sich zu ihm (der Regel des Rechts, jus commune) als Ausnahmsgesetz (jus singulare, juristische Besonderheit). Das jus singulare ist ein Bruch in die Consequenz des Rechts, indem es die Rechtsbestimmung eines Gesetzes für eine bestimmte nach der ratio nothwendige Beziehung außer Kraft setzt. Es besteht darin, daß unter den Thatsachen, welche die gesetzliche Voraussetzung eines jus commune bilden, ein einzelnes für das jus commune selbst gleichgültig gebliebenes Moment zu einer ratio juris singularis, d. h. zum Grund einer

---

*) L. 4 D. de constit. princ.

**) L. 41 D. de poenis.

***) C. 1 de constit. in 6. — Es bedarf zwar nicht einer ausdrücklichen Aufhebung des widerstreitenden in demselben geographischen Umfang geltenden Rechts, wenn aus dem Inhalt des neuen Gesetzes von selbst diese Aufhebung folgt; dies gilt aber nicht für das specielle Recht. Die L. 3 § 5 D. de sepulcro viol widerspricht der Canonischen Regel nicht. Der Jurist macht die Entscheidung davon abhängig, ob die dem kaiserlichen Rescript widersprechende lex municipalis später entstanden ist oder nicht. In jenem Fall gelte das Rescript allein, denn es habe universelle Gültigkeit. Für den zweiten Fall entscheidet der Jurist stillschweigends im oben angegebenen Sinn.

Rechtsbestimmung gemacht wird, welche vom jus commune abweicht. *) Das Ausnahmsrecht hat aber wiederum seine eigne ratio und ist in der ihm unterworfenen Sphäre jus commune; es kann daher in seiner consequenten Anwendung ebenfalls durch jus singulare unterbrochen werden. Es hat ferner, wie jedes Gesetz, einen factischen oder Zweckmäßigkeitsgrund, als das Motiv, wodurch der Gesetzgeber zur Abweichung von der Regel des Rechts bewogen worden ist. Aber, wie bei jedem andern Gesetz, so darf auch hier diese utilitatis ratio keinen juristischen Einfluß auf die Rechtsbestimmung selbst äußern, d. h. der Richter darf auch hier nicht den Inhalt und Umfang der Bestimmung nach jener ratio ermessen. Das singulaire Recht ist nach seinem Inhalt entweder generelles oder specielles Recht. Für beide Arten gebrauchen die Römer den Ausdruck privilegium. **) Es ist gegenwärtig gebräuchlich, ersteres jus singulare im engern Sinn, und letzteres privilegium im engern Sinn, oder eigentliches privilegium zu nennen.

**A.** Das jus singulare im e. S. hat mit dem jus commune gemein, daß seine ratio (Inhalt, Object, factische Voraussetzung) abstract allgemein, also das dasselbe enthaltende Gesetz genereller Art (constitutio generalis) ist. Im jus singulare sind singulaires Gesetz und singulaires Recht (als subjective Befugniß) geschieden, und dieses ist die concrete in der Zeit nachfolgende Verwirklichung von jenem. Mag das singulaire Gesetz ein Recht gewähren (j. s. favorabile s. beneficium legis) oder eine Verbindlichkeit auferlegen (j. s. odiosum), immer sind hier Recht und Verbindlichkeit nicht sogleich die eines concreten Subjects, sondern im Gesetz nur noch ein abstractes Dürfen und Sollen,

*) Z. B. actio mutui setzt voraus (hat zur ratio) eine zum Gebrauch gegebene fungible Sache. Das Subject des Empfängers ist gleichgültig, mithin ist auch ein filiusfamilias in jener Voraussetzung begriffen, und die Klage nach der Rechtsregel auch gegen ihn zulässig. Das Sct. Macedonianum erhebt nun dieses dort gleichgültige Moment der subjectiven Eigenschaft des Empfängers zur ratio eines Ausnahmsrechts, indem es die Wirksamkeit der actio ex mutuo wegfallen läßt, wenn der Emfänger des Gelddarlehns ein filiusfamilias ist (L. 1 pr. D. de Sct. Maced.)

**) Brisson. de V. S. s. v. privilegium.

welche erst durch die der ratio des singulairen Gesetzes entsprechenden Erwerbshandlungen zur Entstehung gelangen. Das singulaire Recht ist also jus quaesitum, und Jeder, welcher die Uebereinstimmung der in seiner Person vorhandenen Merkmale mit den Merkmalen der gesetzlichen Voraussetzung nachweiset, kann auf die im singulairen Gesetz enthaltene Rechtswirkung Anspruch machen. Alle jura singularia im e. S. stimmen darin überein, daß sie generelle Voraussetzungen haben; aber diese können unter einander wieder verschieden seyn, woraus sich Eintheilungen jener Rechte ergeben, welche in Beziehung auf die Dauer und den Umfang derselben juristisch wichtig sind. Ist nämlich das Ausnahmsrecht an eine bestimmte Art von (und zwar in der Regel unbeweglichen) Sachen geknüpft, so heißt es privilegium reale s. rei (praedii). *) Hier ist das Subject des Rechts der jedesmalige rechtliche Erwerber der Sache. Setzt das singulaire Recht eine bestimmte Art von Forderungsrechten voraus (privilegium causae), so ist das Subject der jedesmalige Inhaber der Forderung. Das privilegium personae endlich setzt eine bestimmte Art persönlicher (physischer, bürgerlicher u. s. w.) Eigenschaften voraus, und das Subject ist hier generell der, in dessen Person sich diese Eigenschaften wirklich vorfinden. Endlich kann es auch singulaire Rechte gemischter Natur geben, welche Jemandem nur dann zukommen, wenn er gewisse persönliche Eigenschaften mit dem Besitz eines Grundstücks einer bestimmten Art verbindet (z. B. persönliche Adelsqualität mit dem Besitz eines adeligen Guts). **)

Bei der Frage über Dauer und Verlust von jura singularia muß man genau unterscheiden das singulaire Gesetz, das

---

*) Dieser Ausdruck, sowie privilegia in rem, wird auch generell gebraucht von jura singularia und privilegia, welche Successoren überhaupt oder den bei dem Hauptrecht accessorisch Interessirten zu statten kommen. Die Fragen über Erblichkeit und Cession singulairer Rechte sind in den betreffenden Lehren zu erörtern.

**) Für die juristischen Wirkungen des jus singulare ist es übrigens gleichgültig, ob das berechtigte Subject eine einzelne physische oder s. g. juristische Person z. B. eine Corporation ist. Eben so ist juristisch gleichgültig, ob der singulair Berechtigte vermöge seines Rechts etwas dem jus commune Widerstreitendes unterlassen oder thun darf (negatives und affirmatives Privilegium).

dadurch begründete generelle singulaire Recht (d. h. die bloß abstracte Beziehung des Ausnahmsrechts auf gewisse Subjecte), und die concrete Verwirklichung desselben als einzelnes Recht oder einzelne Befreiung eines bestimmten Subjects (die titulo juris singularis begründeten einzelnen Befugnisse):

1) Die gesetzgebende Gewalt kann in verfassungsmäßiger Form,*) wie jedes, so auch das Ausnahmsgesetz zu jeder Zeit aufheben. Dieses aufhebende Gesetz hat aber, wie gewöhnlich, keine rückwirkende Kraft, so daß zwar jene abstracte Beziehung der rechtlichen Ausnahmsbestimmung auf das Subject dadurch sogleich aufgehoben, mithin der auf den Titel des jus singulare zu gründende künftige Erwerb eines einzelnen Rechts unmöglich gemacht, aber der schon vor der Herrschaft des neuen Gesetzes geschehene Erwerb eines Rechts nicht dadurch berührt wird.**)

2) Das Wegfallen der gesetzlichen Voraussetzung (ratio) des

---

*) Wenn ein solches Ausnahmsgesetz z. B. in älterer Zeit durch Verträge der Stände mit dem Regenten entstanden ist, und diese Verfassung später rechtlich fortdauert, so ist eine einseitige Aufhebung durch den Regenten eben nicht verfassungsmäßig. Das bloße Anerbieten einer Entschädigung macht, ohne Einwilligung der berechtigten Stände, eine solche Maßregel nicht zu einer rechtlichen. Ganz anders verhält sich die Sache, wenn die gesetzgebende Gewalt (der absolute Monarch, der Monarch mit den Ständen u. s. w.) einzelnen Corporationen, gewissen Gattungen bürgerlichen Betriebs (Ständen im nicht politischen Sinn) ein jus singulare ertheilt hat. Hier giebt es gar keinen juristischen Grund des Widerspruchs solcher bisher Berechtigten gegen die Aufhebung. Das jus singulare, welches wegen besonderer Nützlichkeit von der Staatsgewalt eingeführt ist, kann, wenn sie dessen gegenwärtige Unzweckmäßigkeit erkennt, ohne Weiteres aufgehoben werden. Das Streiten und Meinen über die Zweckmäßigkeit der Maßregel hat keine rechtliche Bedeutung. Es kann politisch seyn, daß die Regierung hier schonend verfährt; aber juristisch ist nichts dagegen einzuwenden, wenn sie es für gut findet, solche Ausnahmsrechte nicht mehr zu dulden. (Vgl. S. 59. über Aufhebung eigentlicher Privilegien.)

**) Z. B. wenn ein Gesetz das beneficium in integrum restitutionis der Minderjährigen aufhöbe, so würde das von einem minor schon erworbene einzelne Restitutionsrecht nicht davon betroffen werden, oder wenn ein Gesetz das Sct. Macedonianum aufhöbe, so würde die von einem filiusfamilias schon erworbene exceptio Scti nicht darunter leiden u. s. w.

jus singulare vernichtet dieses: *) also hört das privilegium causae auf, wenn die Fordrung erloschen, das privilegium reale, wenn die Sache zu Grunde gegangen, das privilegium personae, wenn die persönlichen Eigenschaften, an welche das Gesetz das Ausnahmsrecht knüpft, aufhören. **)

3) Ein Verzicht auf singulaire Rechte mit der juristischen Wirkung, daß diese überhaupt dadurch vernichtet würden, also Jeder mit Erfolg sich auf die Entsagung berufen könnte, ist in der Regel unmöglich. Die Entsagung geschieht hier nur durch einen Vertrag, ***) welcher bloß dem, zu dessen Gunsten renunciirt worden, ein Recht giebt, wodurch auch nur auf eine concret begründete †) Ausübung des singulairen Rechts verzichtet wird, und auch dies nur unter der Voraussetzung,

a) daß der Entsagende willens- und dispositionsfähig ist,

b) daß nach dem Willen des Gesetzgebers nicht die Natur eines bestimmten singulairen Rechts die willkührliche Disposition des Berechtigten ausschließen soll. ††)

4) Die bloße Nichtausübung eines jus singulare in einem Fall, wo davon hätte Gebrauch gemacht werden können, bewirkt nicht den Verlust des Rechts überhaupt, sondern enthält nur einen stillschweigenden Verzicht für den besondern Fall zu Gunsten dessen, für welchen dadurch die Rechtsregel wieder-

---

*) L. 68 D. de reg. jur.

**) Das Corporationen ertheilte singulaire Recht hört auf, wenn die Universitas erlischt. (L. 4 § 3 D. de censib.). Sie besteht aber noch fort, wenn auch die Zahl ihrer Mitglieder bis auf ein einziges zusammengeschmolzen ist. (L. 7 § 2 D. quod cujuscunque univ. nom.)

***) L. 29 C. de pactis.

†) L. 2. 3. C. de his, qui sponte publica munera. L. 2 D. de veteranis. Eine Ausnahme enthält L. 1 C. l. c.

††) C. 12 X de foro compet. (— cum non sit beneficium hoc personale, cui renunciari valeat, sed potius toti collegio ecclesiastico sit publice indultum, cui privatorum pacto derogari non potest —). Einen Fall, wo auf ein jus singulare, das sonst frei aufgegeben werden kann, in einem speciellen Verhältniß nicht gültig verzichtet werden darf, enthält L. 14 § 1 D. soluto matrim.

hergestellt wird. *) Eben so wenig hat nach Römischem Recht der längere Zeit fortgesetzte Nichtgebrauch des jus singulare einen Einfluß auf das Bestehen desselben. Das Kanonische Recht **) dagegen enthält hierüber ein allgemeines Princip. Darnach erscheint der non usus als eine s. g. Verschweigungsverjährung, welche auf dem Princip des Verzichts beruht, d. h. der non usus während der gesetzlich bestimmten Frist von 30 oder 40 Jahren gilt nach Kanonischem Recht juristisch als Verzicht auf das Ausnahmsrecht. ***) Das Gesetz spricht zwar buchstäblich nur von einem einzelnen negativen Privilegium (Zehntfreiheit); aber die Allgemeinheit des Grundsatzes, auf welchen es seine besondre Anordnung gründet, spricht deutlich den gesetzgeberischen Willen aus, daß nicht das Merkmal des Negativen, sondern der Begriff des Ausnahmsrechts die wesentliche Voraussetzung (ratio) der gesetzlichen Bestimmung ausmachen solle. †) Die Verjährung des singulairen Rechts tritt ein, wenn der Berechtigte innerhalb der gesetzlichen Frist in Fällen, wo er von seinem Recht Gebrauch machen konnte, dies freiwillig unterlassen hat. Gleichgültig ist, ob diese Unterlassung

*) L. 2. 3 C. de his, qui sponte p. m. L. 2 D. de veteran.

**) C. 6. 15 X de privilegiis.

***) C. 15 X l. c. „— cum enim tanto tempore contra indulta privilegia decimas solverint, eis renunciasse tacite praesumuntur —" C. 6 X eod. „— de privilegio tamen indulto tanto tempore vobis detrahere voluistis, cum liberum sit unicuique suo juri renunciare —".

†) Die Erwähnung des negativen Privilegs der Zehntfreiheit ist nur Consequenz und Beispiel, woran das eigentlich gemeinte generelle Princip evident wird. Wir extendiren den Wortinhalt der beiden Gesetze nach der in ihnen enthaltenen ratio juris. Nach den in der Lehre von der Interpretation gegebenen Erklärungen wird man dieser unserer Ansicht nicht den beliebten Satz, daß jura singularia nicht extendirt werden dürfen, entgegensetzen. — Uebrigens enthalten die citirten Stellen gar keine Andeutung davon, daß der Verlust des negativen Beneficium eigentlich die Folge einer Acquisitivverjährung von Seiten dessen seyn solle, welcher dadurch gewinnt. Vielmehr umgekehrt ist die Herstellung der Regel des Rechts zu Gunsten eines Subjects nur eine selbstverständige Folge des Verlusts durch Nichtgebrauch des negativ Berechtigten.

gegen den, welcher sich später auf die Verjährung beruft, oder gegen Andre geschehen ist. Die Wirkung der Verjährung ist, daß das Recht völlig vernichtet wird, so daß absolut Jeder sich auf die Nichtexistenz desselben berufen kann. *) Von diesem Verlust durch non usus ist die gewöhnliche s. g. Klagverjährung, welche auch hier Statt finden kann, wohl zu unterscheiden. Diese setzt einen Fall voraus, wo gegen ein Subject das singulaire Recht hätte ausgeübt werden können, und innerhalb der gewöhnlichen Verjährungsfristen diese Ausübung unterlassen ist. Ihre Wirkung ist immer, daß nicht das beneficium selbst zu Grunde geht, sondern nur gegen das einzelne Subject für immer unwirksam wird. **) —

B. Privilegium im e. S. ist das vom Gesetzgeber aus irgend einem Nützlichkeitsgrunde erlassene Ausnahmsgesetz, welches unmittelbar für ein concretes Subject ein dem jus commune widerstreitendes Recht oder Verbindlichkeit hervorbringt.

---

*) Gleichgültig ist es hier, ob das Ausnahmsrecht seiner Natur nach der willkührlichen Disposition des Berechtigten unterworfen ist. Denn das Gesetz, welches den non usus einer bestimmten Frist als fingirten Verzicht behandelt wissen will, setzt grade an die Stelle der sonst geltenden Voraussetzungen eines gültigen Verzichts den bloßen Ablauf der bestimmten Frist und einen vom Subject frei ausgehenden Nichtgebrauch des Rechts.

**) Der wesentliche Unterschied der beiden Verjährungsarten besteht in Betreff ihrer Erfordernisse darin, daß die Verschweigungsverjährung nur dann eintritt, wenn das singulaire Recht innerhalb der Frist gar nicht ausgeübt ist, dagegen die gewöhnliche Verjährung, wie sie nur beschränkte Wirkung hat, so auch nur voraussetzt, daß das Recht innerhalb der Frist gegen ein bestimmtes Subject nicht realisirt ist, mag es gegen Andre ebenfalls unausgeübt geblieben seyn, oder nicht. Nimmt man übrigens nach C. 6 X l. c. als regelmäßige Frist der Verschweigungsverjährung die Zeit von 30 Jahren an, so ist einleuchtend, daß beide Arten bisweilen coincidiren können. Folgt man aber mit Glück Commentar d. P. Thl. 2. S. 47. 48. dem C. 15 X eod., welches 40 Jahre fordert, so fehlt auch diese zufällige Uebereinstimmung. Die Frist der gewöhnlichen Verjährung ist übrigens hier nicht immer die Theodosische von 30 Jahren (L. 3 C. de praescript. 30 vel 40 annor.), sondern auch eine kürzere z. B. für das beneficium in integrum restitutionis der Minderjährigen und Abwesenden ein quadriennium continuum (L. 7 C. de temporib. in integr. restit.).

Das privilegium ist wirkliche Indifferenz von Gesetz und subjectivem Recht, d. h. in ihm sind abstractes Gesetz und dessen concrete Verwirklichung als Befugniß oder Verbindlichkeit nicht zu unterscheiden. Das Gesetz hat hier sogleich die Concretion als Recht, und das Recht ist unmittelbar mit dem Gesetz vorhanden, macht dessen ganzen Inhalt aus, und steht und fällt mit ihm. Im jus singulare im e. S. bestehen das Gesetz und das nach ihm erworbene Recht für sich, und dieses entsteht von selbst, wenn die im generellen Gesetz vorausgesetzten Thatsachen sich in einem Subject vorfinden: es ist ein jus quaesitum. Das privilegium dagegen setzt immer einen speciellen gesetzgeberischen Act (constitutio specialis s. personalis) voraus, welcher Gesetz und Recht zugleich schafft. *) Das privilegium ist nicht jus quaesitum, denn ein solches giebt es nur da, wo die Begriffe von Gesetz und Recht auseinander fallen. Das Privilegium als Recht wird erworben durch die bloße Erlassung des Gesetzes, weil dieses hier keinen andern Sinn und Zweck hat, als für ein bestimmtes Subject eine Ausnahme von einer Rechtsregel zu machen. Darum ist auch der gesetzliche Wille der einzige Erwerbsgrund des Privilegs, und, wer ein solches zu haben behauptet, kann den Beweis nur durch den unmittelbaren Inhalt des gesetzlichen Erlasses führen. Endlich folgt aus der Natur des Privilegs von selbst, daß der Berechtigte nicht eine von dem Gesetz selbst unabhängige Existenz seines Rechts ansprechen d. h. behaupten kann, daß das Recht als einmal erworben nun unabhängig von den ferneren Schicksalen des Gesetzes sey. —

Aus der bisher entwickelten Doppelnatur des Privilegium

---

*) Das eigentliche privilegium wird auch nicht dadurch ein jus singulare im e. S., daß der Gesetzgeber etwa vorher in einer allgemeinen Verordnung zur Kunde des Volks gebracht hat, unter welchen Voraussetzungen er regelmäßig geneigt seyn werde, ein gewisses Privilegium zu ertheilen. Der Grund, warum er im Voraus sich darüber ausspricht, kann z. B. darin liegen, daß er dadurch überhäufte Gesuche um Privilegienertheilung verhindern will Aber der wirkliche Erwerb des Privilegium geschieht auch hier immer erst durch einen speciellen constitutiven Act, und jene im Voraus angegebenen Gränzen sind nur vorläufige Anweisungen für das Volk, nicht aber juristisch Schranken für den Gesetzgeber. —

und seines Unterschiedes vom eigentlichen jus singulare ergeben sich folgende über Erwerb, Wirkung und Verlust geltende Rechtsbestimmungen:

1) Der einzige Erwerbsgrund des Privilegs ist ein legislatorischer Act der gesetzgebenden Gewalt. *) Das Privilegium hat, wie jedes Gesetz, seine ratio d. h. factische bei dem bestimmten Subject vorausgesetzte Momente, an welche nach dem Willen des Gesetzgebers das Ausnahmsrecht geknüpft seyn soll. Die juristische Wirksamkeit eines Privilegium hängt davon ab, daß diese ratio schon bei Erlassung des Gesetzes vorhanden ist, denn das Recht soll hier sogleich mit dem Gesetz entstehen, und die Existenz dieser ratio muß, wenn sie bestritten wird, erwiesen werden. Mit andern Worten: das Privilegium darf nicht erschlichen seyn, seine Gültigkeit ist bedingt durch die Wahrheit der Momente, welche im Sinne des Gesetzgebers die Ausnahmsbestimmung motiviren. **)

Wenn der Gesetzgeber sich innerhalb der Schranken hält, welche die Verfassung des Staats ihm setzt, so giebt es juristisch für ihn sonst keine Gränze der Privilegienertheilung weder der Zahl noch dem Inhalte nach. Nur factisch, nicht ju-

---

*) Wenn man annimmt, daß die s. g. Immemorialpräscription gemeinrechtlich die juristische Präsumtion eines rechtlichen Erwerbes begründet, so läßt sich der Beweis der Erwerbung eines Privilegium auch dadurch führen. Beweiset man nämlich, daß ein bestimmter dem jus commune widerstreitender Zustand über Menschengedenken ununterbrochen bestanden, so hat man juristisch dargethan, daß dieser Zustand ehemals gültig entstanden sey (d. h. hier, durch einen gesetzgeberischen Act wirklich hervorgerufen sey). Die unvordenkliche Verjährung ist dann kein besondrer Erwerbsgrund, sondern vertritt nur die Stelle des gewöhnlichen Entstehungsgrundes, oder der Beweis ihrer Erfordernisse gilt als Beweis eines wirklichen Erwerbsgrundes.

**) Es ist nur eine Anwendung der allgemeinen Interpretationsregel, daß cessante privilegii ratione das privilegium selbst cessirt. Die gesetzliche Verfügung ist auch hier wirkungslos, weil keine Rechtsdisposition ohne ihre im Gesetz vorausgesetzte ratio besteht. — Das Römische Recht verordnete für kaiserliche Rescripte die ausdrückliche Insertion der Clausel „si preces veritate nitantur“ (L. 7 C. de divers. rescript.), was sich denn insbesondre auch auf Privilegienertheilung bezog. Nach Canonischem Recht (C. 2 X de rescript.) bedarf es nicht mehr der ausdrücklichen Erwähnung dieser Clausel.

ristisch kann es eine Verletzung genannt werden, wenn das Jemandem gegebene Privilegium einem Andern nachtheilig wird. Darum versteht es sich von selbst, daß der Regent mehrere Privilegien desselben Inhalts neben und nach einander ertheilen kann, welche dann, so weit sie neben einander ausgeübt werden können, *) insgesammt rechtlich gültig sind. Es kann juristisch nur die Frage entstehen, ob im Zweifel der Wille des Gesetzgebers, ein Privilegium ohne Rücksicht darauf, ob es erworbene Rechte beeinträchtige, zu verleihen, anzunehmen sey. Hier gilt die Regel, **) daß der Regent bei Ertheilung eines Privilegium immer voraussetzt, daß es bestehenden Rechten, also auch erworbenen Privilegien, nicht widerstreitet. Darum gilt ein unter Beeinträchtigung fremder Rechte erworbenes Privilegium als erschlichen, und nur der ausdrückliche oder stillschweigende Wille des Regenten kann diese Präsumtion entkräften. ***) Das Verbot der Rückwirkung der Gesetze gilt auch

---

*) Vgl. hierüber Cap. 3 die Lehre von Collision der Rechte.

**) L. 7 C. de precib. imper. offer. (— rescripta contra jus elicita ab omnibus judicibus refutari praecipimus —). Nur ein solcher präsumtiver Wille des Gesetzgebers, schon vorhandene Privilegien zu achten, ist zu ersehen aus L. 2 § 10 D. ne quid in loc. publ. (— et ita solet Princeps —). L. 4 C. de emanc. liberor. (— moris est nostri —) C. 19 X de rescript. (— intelligendum erat, circumvenisse praedecessorem nostrum, et dictas litteras veritate tacita impetrasse — quidquid factum est occasione litterarum ipsarum, irritum decernatis —).

***) Der Gesetzgeber kann nicht alle bestehenden Privilegien, so wenig als alle Particularrechte, kennen (C. 1 de constit. in 6.). Hat der Impetrant solche der Ertheilung eines Privilegs etwa entgegenstehenden Hindernisse in seinem Gesuch ausdrücklich angegeben, und der Regent verleiht es ihm desungeachtet, so liegt darin tacite sein Wille, jene nicht zu achten. Auch involviren gewisse Privilegien ihrer Natur nach die Beeinträchtigung fremder Rechte, z. B. die einem Schuldner vom Regenten ertheilten Moratorien. — Am stärksten ist die Präsumtion für den Willen des Regenten, schon bestehende Privilegien nicht durch Ertheilung neuer zu beeinträchtigen, wenn jene ausdrücklich als exclusiv gegeben sind. Aber auch hier versteht sich, daß der erkennbare entgegenstehende Wille desselben juristisch jene Präsumtion vernichtet. Gegen solche Maaßregeln der Regierung kann die legislative Theorie Einwendungen machen, welche aber juristisch, d. h. für den Richter, keine Bedeutung haben.

für Privilegien. Darum darf der Richter ein Privilegium weder zum Vortheil noch zum Nachtheil des Privilegirten auf schon vor Erlassung der **constitutio specialis** begründete Fälle, und noch weniger auf schon anhängige Rechtssachen anwenden.*)

2) Privilegien sind wie andere Gesetze zu interpretiren, folglich muß ihr Inhalt und Umfang nach dem Geist der gesetzgeberischen Verfügung bestimmt werden. Hat der Gesetzgeber bei der Verleihung auf ein andres schon bestehendes Privileg Bezug genommen, so ist der Sinn des ersteren nach dem Inhalt des letzteren aufzufassen (**privilegium ad instar**). Ein verletztes Privilegium kann durch Klage und Einrede geltend gemacht werden. Verletzt ist es aber immer dann, wenn ein Nichtprivilegirter das, was den Inhalt des Privilegs ausmacht, eigenmächtig ausübt, oder den Privilegirten an der Ausübung hindert, und ihm sein Recht bestreitet. Das Privilegium unterscheidet sich von den übrigen Ausnahmsrechten durch die concrete Bestimmtheit seines Subjects. Es kann aber dieses concrete Subject mehr oder weniger speciell seyn, und daraus ergiebt sich folgende wesentliche Eintheilung: das **privilegium reale s. rei (praedii)** ist das an ein bestimmtes Grundstück oder eine Mehrheit geographisch bestimmter Grundstücke geknüpfte Ausnahmsrecht, dessen Subject daher der jedesmalige rechtliche Inhaber des Grundstücks, oder die jedesmaligen Bewohner des privilegirten Bezirks sind; das **privilegium causae** ist das einem bestimmten Forderungsrecht verliehene, dessen Subject der Inhaber desselben ist; das **privilegium personae s. personale** ist das einer bestimmten (physischen oder fingirten) Person wegen bestimmter bei ihr vorausgesetzter Eigenschaften gegebene Ausnahmsrecht. — Andre Eintheilungen die man zu machen pflegt, sind unwesentlich. **)

---

*) L. 6 C. si contra jud. Nov. 113 c. 1.

**) Dahin gehört 1) die Eintheilung in privilegia gratiosa und conventionalia, je nachdem sie vom Regenten aus eigner Bewegung, bloßer Gnade, ertheilt sind, oder einen Vertrag mit ihm voraussetzen. 2) in gratuita und onerosa, je nachdem sie umsonst oder gegen Entgelt gegeben sind. 3) in negative oder affirmative, je nachdem sie zu einer dem jus commune widerstreitenden Unterlassung oder positiven Handlung berechtigen. 4) in Dispensationen, welche eine Befreiung,

3) Das Privilegium erlischt

1. durch den Willen der gesetzgebenden Gewalt. Dieser Wille aber

a) kann schon bei der Verleihung durch Beifügung von Endterminen und Resolutivbedingungen erklärt seyn, deren Eintritt die Aufhebung von selbst zur Folge hat;

b) wird, ohne ausdrücklich erklärt zu seyn, wirksam, wenn die ratio privilegii wegfällt, weil diese nach dem Willen des Gesetzgebers die wesentliche Voraussetzung des Ausnahmsrechts ausmacht. Das Realprivilegium erlischt also durch Untergang der Sache, das an ein bestimmtes Fordrungsverhältniß geknüpfte mit der Auflösung desselben, und das Personalprivilegium durch den Tod der physischen, oder die Aufhebung der juristischen Person, und durch Wegfallen der persönlichen das Recht bedingenden Qualitäten.

c) Der Wille kann speciell in einem Act des Widerrufs ausgedrückt seyn. Der Gesetzgeber ist hier juristisch unbeschränkt, so daß weder eine vorgängige Verwarnung vor Mißbrauch des Privilegium, noch wirklicher Mißbrauch desselben, noch auch die Ertheilung desselben unter der Clausel „ad beneplacitum“ nothwendige Voraussetzungen eines gültigen Widerrufs sind. Es ist die Natur des Privilegs, von der Staatsgewalt abhängig zu seyn, weil es die Momente des Gesetzes und Rechts in sich vereinigt. Das concrete Ausnahmsgesetz, welches der Gesetzgeber aus Nützlichkeitsgründen gegeben hat, kann er aus eben solchen Gründen (deren Einsicht aber allein von ihm abhängt) widerrufen, und zwar entweder direct, oder indirect dadurch, daß er das Ausnahmsrecht allgemein

---

oder Concessionen, welche ein affirmatives Recht in Beziehung auf einen einzelnen und zwar zukünftigen Fall gewähren, und in Abolitionen (Begnadigungen), welche auf einen in der Vergangenheit liegenden einzelnen Fall gehen. — Zum Theil behandelt man diese Eintheilungen deshalb als wesentlich, weil man hiervon die Bestimmungen über Dauer und Verlust der Privilegien abhängig macht, was aber, wie sich ergeben wird, falsch ist.

macht, also zur Regel erhebt. Der Mißbrauch des Privilegium kann für ihn factisch Veranlassung zur Aufhebung desselben werden; aber der juristische Grund der Aufhebung ist lediglich sein Wille. *) Dieser Grund-

---

*) Die Ansicht, welche den Gesetzgeber zur Heilighaltung erworbener Privilegien verpflichtet, und ihm regelmäßig nur bei einem Mißbrauch derselben den Widerruf gestattet, verwechselt die politische Räthlichkeit mit der juristischen Nothwendigkeit. Ueber dem Gesetzgeber als solchem giebt es kein Recht. Die Sphäre des Rechts fällt unter ihn, denn es ist Ausfluß seines Willens. Die Gesetzesstellen, auf welche jene Theorie sich zu berufen pflegt, enthalten nichts, als Andeutungen und Ermahnungen über die Zweckmäßigkeit des Widerrufs. So sagen C. 7. D. 74. und C. 11. C. 24 X de privileg. nur „— privilegium meretur amittere, qui permissa sibi abutitur potestate" —. Jene Theorie hat die gute, hier nur übelangebrachte, Absicht, vermeintliche Willkühr der Regierung zu verbannen. Aber sie selbst arbeitet durch einen andern Satz, den sie jener Behauptung anzureihen pflegt, der ärgsten Richterwillkühr in die Hände. Gewöhnlich behauptet man nämlich, daß der Regent aus überwiegenden Gründen des öffentlichen Wohls ein Privilegium widerrufen könne. Soll dieser Satz einen juristischen Sinn haben, so muß man die Frage, ob in concreto die salus publica die Aufhebung eines Privilegs erheische, zum Gegenstand richterlicher Cognition machen, und wirklich wird dies behauptet z. B. von Glück Commentar Thl. 2 S. 36. Nun ist es aber sehr einleuchtend, daß dem Richter dadurch gesetzgeberische Function eingeräumt wird. Der Gesetzgeber nämlich giebt ein Ausnahmsrecht propter utilitatem publicam, und widerruft es präsumtiv aus der nämlichen Absicht; wenigstens giebt es darüber kein objectives den Gesetzgeber selbst richtendes Urtheil. Das richterliche Urtheil soll aber objective Bedeutung haben, und damit es dieser Kraft theilhaftig werde, muß es nach wirklichem Gesetz gesprochen seyn. Im vorliegenden Fall würde aber das Urtheil aus rein subjectiven Meinungen gebildet werden müssen, denn der Begriff des öffentlichen Wohls ist in jedem Moment und für jeden Ort ein concret verschiedener, und nach der Verfassung ist es nur der Gesetzgeber, welcher denselben mit Allgemeingültigkeit erkennen und aussprechen kann. — Soll aber etwa der obige Satz nichts andres bedeuten, als daß ein Privilegium bestehenden rechtlichen Einrichtungen nicht widerstreiten dürfe, so reducirt sich Alles auf die oben schon erörterte Frage, inwiefern Privilegien dem vorhandenen Recht widersprechen dürfen. — Sowie übrigens der Gesetzgeber im Voraus angeben kann, unter welchen Voraussetzungen er ein Privilegium ertheilen werde, ohne doch juristisch daran gebunden zu seyn, so kann er auch im Voraus ausdrücken, unter welchen Voraussetzungen er Privilegien widerrufen werde, ohne dadurch juristisch beschränkt zu seyn.

saß ist selbst dann gültig, wenn das Privilegium durch einen Vertrag*) des Privaten mit dem Regenten erworben worden ist. Denn eine solche Vereinbarung hat nur factisch und äußerlich das Ansehn eines Vertrags, ist aber juristisch nichtig. Ein Privatvertrag mit dem Staat über gesetzgeberische Acte ist rechtlich unmöglich. Die Gesetzgebung, die Quelle alles Rechts, kann nicht der Norm eines Vertrages unterworfen werden. Sie, welche die Norm giebt, hat eben deshalb keine über sich, nach welcher sie gemessen, und richterlich beurtheilt werden könnte. Es kann daher gegen den Staat weder ein Zwang, ein Privilegium bestehen zu lassen, rechtlich begründet, noch auch Entschädigung wegen künftiger Entbehrung desselben gefordert werden. Auch ist hierdurch schon über die Frage entschieden, ob der Privilegirte nicht wenigstens das von ihm für den Erwerb seines Rechts an den Staat Gezahlte zurückfordern könne. Denn es versteht sich, daß, wenn das Versprechen überhaupt juristisch wirkungslos ist, auch kein Rückfordrungsrecht wegen nicht gehaltenen Versprechens begründet seyn kann.**)

---

Nur von solchen vorläufigen Androhungen enthalten Beispiele L. 3 C. de aquaeductu. C. 43 X de rescript. Es versteht sich, daß, wenn die Sache zu richterlicher Cognition kommt, der Richter nur nach jenen gesetzlichen Aussprüchen entscheiden kann. Aber der Gesetzgeber kann das Privileg dennoch fortbestehen lassen. — Endlich ist zu beachten, daß hier nur von Aufhebung wirklich bestehender Privilegien die Rede ist, daher die Gesetzesstellen, welche von Präsumtion der Erschleichung, also schon anfänglicher Ungültigkeit derselben reden, nicht hierher gehören. (Vgl. oben S. 56.)

*) Man pflegt das in Vertragsform unentgeltlich ertheilte Privilegium auf einen Schenkungsvertrag, und das gegen Entgelt (eine Totalsumme als Aversionalquantum, oder terminliche Leistungen) verliehene auf einen Kaufvertrag zurückzuführen. — Die gangbare Theorie stützt sich auf den Satz, daß Verträge gehalten werden müssen, und daß auch der Staat zur Heilighaltung der von ihm eingegangenen Verträge verpflichtet sey. Sie bemerkt aber nicht, daß dieser Satz nur von wirklich juristischen Verträgen gilt, und daß sie in den logischen Fehler verfällt, diese juristische Qualität des Vertrages im vorliegenden Fall vorauszusetzen.

**) Man könnte hier denken entweder an eine gegen den Staat

Nicht minder endlich folgt daraus, daß auch umgekehrt der Staat kein Privatrecht aus einem solchen Vertrage ableiten kann, denn dieser ist weder für noch gegen den Staat juristisch gültig. Darum kann auch die für den Erwerb versprochene, aber nicht geleistete Zahlung recht-

---

oder den Fiscus, als dessen Vertreter, begründete condictio causa data non secuta, weil die von dem zahlenden Privaten erwartete Gegenleistung, die Gewährung des Privilegs, nicht erfolgt sey, oder an die condictio indebiti, weil der Privilegirte in der Meinung, eine juristisch begründete Schuld zu erfüllen, gezahlt habe. Allein die erste Klage ist unbegründet, weil der Geber die juristische Nichtigkeit des Versprechens, also die rechtliche Unmöglichkeit der Gegenleistung weiß, oder wissen muß, weil er in jure irrt (L. 8 C. de condict. ob caus. dat. L. 53 D. de reg. jur.), und die zweite Klage ebenfalls nicht, weil er im Rechtsirrthum versirt, also nach der juristischen Fiction wissentlich zahlt. Selbst die Theorie, welche die condictio indebiti wegen eines entschuldbaren error juris zuläßt, wird doch practisch nur in seltnen Fällen diese Klage zugestehen, weil eine solche Entschuldbarkeit heutzutage factisch selten vorkommen kann. — Die bisher entwickelte juristische Entscheidung der Entschädigungsfrage ist nicht mit der politischen zu verwechseln. Vom juristischen Standpuncte ist es lediglich Sache seines guten Willens, wenn der Staat dem Privilegirten eine Entschädigung giebt. Aber es kann angemessen erscheinen, daß der Staat sich nicht auf Kosten des Privatmannes bereichere, und überhaupt aus der Concession von Privilegien nicht eine finanzielle Erwerbsquelle mache, ohne zugleich ein einmal verliehenes Privileg wirklich bestehen zu lassen. Aber alle solche Fragen über Zweckmäßigkeit u. s. w. gehören theoretisch in die Gesetzpolitik, und practisch zum Ressort gesetzgebender oder berathender Versammlungen und Behörden. Diese haben jedoch nicht außer Acht zu lassen, daß allen Gründen, welche für die Ansicht, daß Privilegien nicht ohne Entschädigung widerrufen werden sollten, vorgebracht werden können, das gewichtige Moment gegenübersteht, daß jedes Privilegium eine Bevorzugung Einzelner vor allen übrigen Unterthanen, mithin für diese eine Beschränkung enthält. Wer eine solche Bevorzugung verlangt und erlangt, sollte sich über die juristische Unsicherheit seines Besitzes nicht beklagen. Er läßt sich in ein gewagtes Geschäft ein, das seiner Natur nach des juristischen Schutzes entbehrt. Was er zahlt, zahlt er in Hoffnung des Gewinns, und irrt er sich darin, so ist das eine verfehlte Speculation. Jeder muß das wissen, und sich darnach einrichten. — Die Verwirrung, welche in diese Lehre eingerissen, kommt auf die Rechnung der juristischen Halbwisserei, welche hier ganz besonders ihrem willkührlichen Raisonniren über Humanität, Billigkeit u. d. m. freien Lauf läßt.

lich nicht erzwungen werden. Es ist sehr genau zu unterscheiden das Verhältniß eines Privilegirten zu dritten Privatpersonen und zur Staatsgewalt. Jenes ist ein absolut negatives, ein dinglich-juristisches; dieses aber ist ein bloß factisches, welches unter keine juristische Kategorie gebracht werden kann. Der Regierung, wenn sie die Ertheilung von Privilegien als Einnahmequelle behandelt, und sich im einzelnen Fall in ihrer Erwartung getäuscht sieht, bleibt nichts übrig, als das Privilegium wegen ersichtlicher Unzweckmäßigkeit zu widerrufen. — Uebrigens ist der Widerruf eines Privilegium ein aufhebendes Gesetz, für welches das allgemeine Verbot der Rückwirkung gilt. Daraus folgt, daß die durch das vorher gültig bestandene Privilegium begründeten einzelnen Befugnisse durch den Widerruf nicht afficirt werden, sondern vom Richter nach dem Inhalt des früher gültigen Privilegs zu beurtheilen sind.

d) Der Wille des Gesetzgebers kann endlich auch stillschweigends in der Fassung der Concession erklärt seyn. Häufig nämlich werden Privilegien unter der Clausel **ad beneplacitum** (oder in ähnlicher Art z. B. bis auf Widerruf, bis auf weitere Verfügung) verliehen. Wenn nun eine solche Clausel beschränkt bloß auf die Person des gegenwärtigen Gesetzgebers bezogen ist (z. B. **ad beneplacitum voluntatis suae**), so gilt als sein Wille, daß das Privilegium mit dem Tode des Concedenten erlöschen soll. Ist sie dagegen weiter gefaßt (z. B. **ad beneplacitum sedis apostolicae**), so dauert es fort, bis ein ausdrücklicher Widerruf erfolgt.*)

2. Das privilegium favorabile erlischt durch Entsagung des Berechtigten, denn das Privilegium hat auch die Natur eines Rechts.**)

---

*) C. 5 de rescript. in 6. Man darf aus dieser Stelle nicht argumento a contrario deduciren: wenn das privilegium gar nicht ad beneplacitum ertheilt worden, so sey es unwiderruflich. Das Gesetz will nur die verschiedenen Wirkungen einer verschiedenen Art der Conception jener Clausel hervorheben.

**) Es kann gefragt werden, ob auch auf privilegia, die als fa-

3. Endlich hört das Privilegium auch durch fortgesetzten Nichtgebrauch auf. Das Römische Recht hat hierüber nur eine vereinzelte Bestimmung.*) Das Kanonische Recht**) spricht wörtlich nur vom Verlust eigentlicher jura singularia durch den Nichtgebrauch von 30 oder 40 Jahren; aber der Sinn der Gesetzesstellen läßt eine Extension auf alle Ausnahmsrechte zu. Auch hier bestehet neben dieser Verjährung die gewöhnliche Klagverjährung mit ihren regelmäßigen Erfordernissen und Wirkungen.***)

## B. Von der rückwirkenden Kraft der Gesetze.

Es wird hier betrachtet der Conflict von Gesetzen, welche successiv für den nämlichen Gegenstand verschiedene Bestimmungen aufstellen. Die Frage ist, welches der widerstreitenden Gesetze der Richter, welcher nach der Publication des neuen Gesetzes urtheilt, zur Anwendung bringen soll. Für das Civilrecht gilt hier die unbedingte und ausnahmslose Regel, daß ein neues Gesetz nie auf solche Fälle angewandt werden darf, welche schon vor dessen Publication concret begründet sind, wenn nicht das neue Gesetz selbst diesen Willen der Rückwirkung ausspricht. †) Dies regelmäßige Verbot der rückwirkenden Kraft

vorabilia gegeben, aber später durch Veränderung der Umstände odiosa geworden sind, ein Verzicht möglich sey. Juristisch ist das zu bejahen, denn jede solche Veränderung ist bloß factisch; rechtlich kommt es aber allein auf die Absicht der Verleihung an, denn sie giebt dem Privileg von Anfang an seine concrete juristische Natur.

*) L. 1 D. de nundinis. Das privilegium nundinarum soll durch zehnjährigen Nichtgebrauch verloren gehen. Es ist unmöglich, aus dieser einzelnen nackten Bestimmung einen allgemeinen Willen der römischen Legislation zu entnehmen. Darum müssen wir bei dem Wortinhalt dieses Gesetzes stehen bleiben.

**) C. 6. C. 15 X de privileg.

***) Die Wirkung dieser Verjährung ist immer nur der Verlust der Entschädigungsklage gegen den Störenden, nicht aber, daß dieser Unprivilegirte dadurch etwa selbst ausschließlich oder neben dem wirklich Privilegirten das Recht erwirbt. Denn der einzige Erwerbsgrund ist der Wille der gesetzgebenden Gewalt.

†) L. 7 C. de legib. L. 65 in f. D. de decurionib. L. 29 C. de testam. C. 2. C. 13 X de constitut.

der Civilgesetze ist ein juristischer Grundsatz, ein Grunddogma, welches lediglich einen Nützlichkeitsgrund über sich hat, nicht aber aus einem höheren juristischen Grunde deducirt werden kann. *) Die Voraussetzungen der Anwendung dieses Grundsatzes sind:

---

*) Man hat sich vielfach abgemüht, diesen Satz juristisch zu rechtfertigen. Das Bemühen konnte nicht gelingen, weil der Satz, juristisch betrachtet, ein Princip ist, welches eine Menge Consequenzen in sich enthält, nicht aber selbst Consequenz eines juristischen Princips ist. Was in jener Art angeführt zu werden pflegt, ist immer nur ein verschiedener Ausdruck für den nämlichen Satz, und läßt sich ungefähr auf Folgendes reduciren: 1) Es gehöre zum Begriff des Gesetzes, daß es von denen, welche sich darnach richten, und vom Richter gerichtet werden sollen, gewußt werden könne. Dies sey aber nicht möglich vor der Existenz desselben, folglich dürfe der Richter nicht nach dem neuen, sondern nur nach dem alten Gesetz, welches der Unterthan kennen konnte, solche Handlungen desselben beurtheilen, welche noch zur Zeit des alten Gesetzes vorgenommen wurden. Das Richtige in dieser Behauptung ist zunächst, daß die Publication zum Begriff des Gesetzes gehöre. Im Uebrigen sagt man damit nichts Andres, als was in dem Satz des Verbots der Rückwirkung selbst schon liegt. Denn, daß die rechtliche Disposition eines abgeschafften Gesetzes noch zur Zeit der Geltung des neuen in Anwendung gebracht werden kann, ist bloß eine Folge davon, daß dies so der allgemeine Wille der gemeinrechtlichen Gesetzgebung ist. Warum aber diese Legislation dies für zweckmäßig erachtet hat, davon liegt allerdings nach den in den Quellen vorkommenden Andeutungen (L. 29 C. de testam. — quid enim antiquitas peccavit, quae praesentis legis inscia — C. 2 X de constitut. — ne detrimentum ante prohibitionem possint ignorantes incurrere —) das Hauptmotiv darin, daß sie den Unterthan für eine ihm unüberwindliche Unkunde nicht verantwortlich machen will. Dies ist aber nichts als utilitatis ratio, und kein höheres Rechtsprincip. 2) Jura quaesita dürften nicht verletzt werden, was aber durch Rückanwendung eines neuen Gesetzes auf schon vorher vorgefallene Facta geschehen würde. Man bemerkt aber nicht, daß man in dieser Behauptung wiederum nichts Neues vorbringt. Denn die ganze hier vorliegende Frage dreht sich eben darum, ob der Gesetzgeber juristisch verpflichtet erachtet werden könne, jura quaesita nicht zu verletzen, ob dies aus einem höheren in der Gesetzgebung selbst liegenden Rechtssatz folge. Unsere Antwort ist, daß es allerdings einen Rechtssatz giebt, welcher sagt, daß der Gesetzgeber erworbene Rechte respectiren wolle; aber dieser Satz ist eben kein anderer, als jenes Verbot der rückwirkenden Kraft der Gesetze. Denn dieses Verbot, wenn es von der Theorie genauer analysirt wird, enthält zwar noch mehr, aber unter

1) Daß ein Gesetz vorliegt, welches irgend etwas Neues bestimmt d. h. in seiner Rechtsdisposition irgend eine von dem alten Gesetz abweichende Bestimmung enthält,*) so daß beide Gesetze zwar den nämlichen Inhalt betreffen, aber ihn auf verschiedene Art normiren.

2) Daß der Richter zur Zeit der Geltung des neuen Gesetzes eine Streitsache entscheiden soll, welche ihrem Object nach einer Subsumtion unter beide Gesetze fähig ist, gleichviel, ob sie schon vor der Publication des neuen Gesetzes anhängig war, oder nicht.

3) Daß die richterliche Entscheidung einen Fall betrifft, welcher schon vor dem neuen Gesetz sich ereignet hat, und mit

---

anderm auch diese Regel, daß jura quaesita geachtet werden müssen. 3) Noch tiefer meint die Ansicht zu gehen, welche behauptet, es folge jene Regel von selbst aus der Natur des Gesetzes, und es bedürfe des im gemeinen Recht vorhandenen Rechtssatzes gar nicht, um den Richter zu verpflichten, daß er neuen Gesetzen keine Rückwirkung gestatte. Wir behaupten dagegen, daß, wenn jener Rechtssatz wirklich nicht existirte, der Richter unbedingt verpflichtet seyn würde, für alle Fälle nur die Norm anzuwenden, welche ihm als gegenwärtig herrschendes Gesetz vorläge, und daß alle Inconvenienzen, welche sich daraus ergeben würden, lediglich auf Rechnung der Gesetzgebung kämen, welche sich dadurch nicht bewegen ließe, das Verbot der Rückanwendung zu erlassen. Auch wir sind der Meinung, daß, wenn es im Geist einer bestimmten Legislation von selbst liegt, daß eine Rückanwendung nicht gestattet seyn solle, es eines ausdrücklichen Verbots nicht bedarf; aber bloß deshalb, weil der stillschweigende Wille des Gesetzgebers nicht geringere Kraft hat, als der ausdrückliche. Den Richter eines bestimmten Staats kümmert nicht eine s. g. Natur des Gesetzes in abstracto, die doch immer nur im Kopf dessen liegt, der davon spricht, sondern die Natur der Gesetzgebung seines Staats. Endlich ist nicht zu übersehen, daß die über eine solche Natur vorgetragenen Raisonnements es in der Regel nicht weiter bringen, als zu den schon angegebenen Sätzen, „daß das Gesetz nur für die Zukunft Regeln gebe, daß es nicht früher gewußt, also auch nicht befolgt werden könne u. s. w.“, welches Alles für einen bestimmten Staat nur wahr ist, wenn das dort herrschende Recht es so will.

*) C. 2 X l. 1. (— quoties vero novum quid statuitur —) Nov. 115 C. 1. (— tametsi contigerit, postea legem promulgari novi aliquid disponentem —).

den factischen Voraussetzungen des alten Gesetzes übereinstimmt (factum praeteritum, negotium pendens). Die Gränze macht die Publication des neuen Gesetzes. Thatsachen, die erst später eingetreten sind, fallen unter die Norm dieses Gesetzes; früher geschehene, auch wenn sie schon, nachdem das Gesetz abgefaßt, aber noch nicht publicirt war, vorgefallen sind, gehören noch der Herrschaft des alten an. *) Die richtige Anwendung des hier behandelten Grundsatzes hängt von scharfer Auffassung des gesetzlichen Begriffs von facta praeterita ab. Dieser ist näher folgendermaaßen zu erläutern. Das Gesetzesrecht wird verwirklicht durch das Gericht, welches für einen einzelnen Fall die nämliche Rechtsbestimmung ausspricht, welche im Gesetz sich nur abstract auf die factische Voraussetzung des Gesetzes bezieht, deren Merkmalen jener Fall entspricht. Das Gesetz, welches besteht aus der Verknüpfung eines factischen Inhalts mit einer rechtlichen Disposition (des Grundes mit der Folge), ist erst concret verwirklicht, wenn eine der gesetzlichen Voraussetzung entsprechende Thatsache geschehen ist, und der Richter durch seinen Spruch die gesetzliche Bestimmung darauf angewandt hat. Der äußerste Gegensatz hiervon ist, wenn weder Thatsache, noch Rechtsbestimmung concret wirklich geworden ist. Der von uns behandelte Fall endlich liegt in der Mitte, wenn nämlich die ratio juris concret vorhanden d. h. die Thatsache verwirklicht ist, aber, bevor der Richter die gesetzliche Bestimmung auf sie bezogen hat, ein neues Gesetz dazwischen tritt, welches eben diese Rechtsbestimmung verändert. **)

---

*) Nov. 66 C. 1 § 4 (— ut si vel proxime scripta sint testamenta post positionem legis, nondum vero contigerit, constitutiones factas innotuisse —).

**) Weber über Rückanwendung der Gesetze S. 73. 74. sucht auf eigne Weise das Verbot der Rückanwendung zu rechtfertigen. Er sagt: „das neue Gesetz vernichtet das ältere nicht für die Vergangenheit, und dieselbe Gültigkeit, welche jenem für die Zukunft zukommt, muß auch diesem bis zu seiner Aufhebung zugestanden werden. Nach dem alten Gesetz sind aber Rechte erworben, wenn die gesetzlichen Bedingungen des Erwerbs während der Gültigkeit des den Erwerb autorisirenden Gesetzes eingetreten sind. Daher sind die Gerichte schuldig, die nach dem alten Gesetz völlig erworbenen Rechte als bereits erworbene anzuerkennen, und sie in ihrer Fortdauer aufrecht zu er-

Der Grund des Rechts ist vorhanden, und es fragt sich, ob die Wirkung des alten Gesetzes eintreten soll (daher der treffende gesetzliche Ausdruck „pendens negotium"). Unser Grundsatz sagt nun, daß der Richter hier consequent die Wirkung eintreten lassen soll, welche schon vor der Herrschaft des neuen Gesetzes begründet d. h. deren mit der alten gesetzlichen Voraussetzung übereinstimmender Grund schon damals eingetreten war. Im Gebiet des Civilrechts läßt dies sich auch so ausdrücken: das neue Gesetz kommt nicht für die schon vor ihm erworbenen Rechte zur Anwendung. Denn erworben sind sie nur, wenn ihr gesetzlicher Grund (Erwerbsgrund) schon vor dem neuen Gesetz eingetreten ist. Das richterliche Civilurtheil, welches nicht der Entstehungsgrund von Rechten, sondern nur der Grund der objectiven Gewißheit des vor ihm schon bestandenen Rechts ist, *) bringt immer dasjenige Recht zur concreten Geltung, welches gesetzlich d. h. abstract galt, als sein Grund (Thatsache, ratio juris) für ein bestimmtes Subject eingetreten war. **Facta praeterita** sind daher solche Thatsachen (eine einzelne Handlung oder Ereigniß, eine Reihe solcher, ein dauernder Zustand u. s. w.), welche nach dem alten Gesetz zur Hervorbringung einer bestimmten Rechtswirkung gehören, und schon zur Zeit der Geltung dieses Gesetzes voll-

---

halten." Allein wirkliche Gültigkeit eines Gesetzes ist seine practische Anerkennung in den Gerichten, und jener Grundsatz sanctionirt nicht die bloße Gültigkeit eines alten Gesetzes vor der Existenz des neuen, sondern das wirkliche Eingreifen des alten in die Sphäre des neuen, und die auf besondre Beziehungen beschränkte Geltung jenes neben diesem. Daß die Gerichte schuldig sind, nach dem alten Gesetz erworbene Rechte auch während der Geltung des neuen als solche anzuerkennen, kann nicht aus dem Satz abgeleitet werden, daß dem alten Gesetz für die Vergangenheit dieselbe Gültigkeit zukommt, als dem neuen für die Zukunft, denn in diesem Satz liegt weiter nichts, als daß die schon geschehene gerichtliche Geltendmachung des alten Gesetzes durch das Erscheinen des neuen nicht rückwärts entkräftet werden kann. Jene Pflicht der Gerichte ist aus keinem andern Satz abzuleiten, als aus dem vorhandenen Grundsatz des Verbots der Rückanwendung selbst; nicht aber kann umgekehrt dieser Grundsatz aus den oben angegebenen Argumenten gefolgert werden.

*) L. 8 § 4 D. si servitus vindic.

ständig vorhanden sind. Der Richter soll dann jene Rechtswirkung auch noch zur Zeit des neuen Gesetzes anerkennen. Jene Thatsachen sind aber nicht bloß Willenshandlungen oder Rechtsgeschäfte, sondern auch zufällige vom Willen unabhängige Ereignisse, welche im Gesetz den Grund eines Rechts ausmachen. Diese erzeugen nicht minder, als jene, den Begriff eines jus quaesitum.*) Ein Gesetz *herrscht*, wenn die in ihm gesetzte Rechtsbestimmung wirklich zur Anerkennung gelangt. Nach dem vorliegenden Dogma *kann* nun auch ein altes Gesetz noch nach der Publication eines neuen zur Anerkennung gelangen, aber nur dann, wenn der Grund seiner Rechtsbestimmung schon vorher vollständig eingetreten ist. Dies ist aber nicht geschehen, wenn auch nur eins der den Thatbestand bildenden factischen Momente fehlt, und noch weniger, wenn das Subject (Kläger oder Beklagter) nichts weiter, als die im alten Gesetz gegebene abstracte Möglichkeit der Erwerbung eines Rechts für sich anführen kann. Denn bis zum Eintritt eines mit der gesetzlichen Voraussetzung wesentlich identischen Factum ist nur eben diese Möglichkeit, und zwar gleichmäßig für Alle, vorhanden, welche aber, da sie sich lediglich auf das Bestehen des Gesetzes gründet, durch die Aufhebung desselben nothwendig vernichtet wird. Von dieser Aufhebung an kann das alte Gesetz keine Rechtswirkung mehr neu begründen.**) Das Erforderniß der Anwendung jenes

---

*) Man darf sich hier nicht durch den in den Quellen vorkommenden Ausdruck „negotium“ irre machen lassen. Er bezeichnet hier ganz allgemein „Verhältniß, Angelegenheit,“ und bezieht sich auf jede Art von Thatsachen, welche die gesetzliche Voraussetzung einer Rechtswirkung sind. Dies wird schon hinreichend erwiesen durch L. 12 in f. C. de suis et legitim., wo negotium auf das Verhältniß der Verwandtschaft und das zufällige Ereigniß des Todes eines Erblassers geht, welche beide Thatsachen zusammen das Intestaterbrecht eines bestimmten Subjects begründen.

**) Viele falsche Anwendungen des Grundsatzes des Verbots der Rückwirkung der Gesetze rühren von der Verwechselung des jus quaesitum mit dieser auf das abstracte Gesetz gegründeten Erwartung eines Rechts her. Wem eine solche Aussicht durch ein neues Gesetz genommen ist, der kann sich nicht beklagen und auf jenen Grundsatz berufen, denn dieser schützt nur concret begründete Rechtszustände.

Dogma ist nicht die Möglichkeit, sondern die für ein bestimmtes Subject begründete Wirklichkeit eines Rechts. *)

---

*) Beispiele, welche das Verständniß der im Text bemerklich gemachten Unterschiede erleichtern, sind: Setzt ein neues Gesetz gewisse bisher nachstehende Verwandte in eine höhere Classe der Intestatsuccession, so können die dadurch zurückgesetzten Verwandten nur dann auf das alte ihnen vortheilhafte Gesetz sich berufen, wenn schon vor der Publication des neuen durch den Tod des Erblassers ihr Intestaterbrecht an seinem Nachlaß concret begründet war. Bis dahin haben sie nur eine auf das Gesetz gegründete rechtliche Aussicht, die aber mit dem Gesetz selbst verschwindet, (vgl. L. 12 C. de suis et legit.: das neue Gesetz bestätigt cognatischen Descendenten das Recht, vor den agnatischen Seitenverwandten zu erben, aber entbindet sie der Pflicht, Letzteren die nach einem alten Gesetz ihnen zukommende Quart zu zahlen. Das Gesetz bezieht sich jedoch nicht auf den Fall, wenn jene Agnaten schon vor dem neuen Gesetz durch Eröffnung der Erbfolge das Recht auf die Quart erworben hatten). — Hebt ein neues Gesetz die jura minorum auf, so kann der minor jetzt eine in integrum restitutio nur dann ansprechen, wenn diese schon vorher in einem bestimmten Fall begründet d. h. wenn der minor in einem Geschäft lädirt worden, und überhaupt Alles eingetreten war, was das alte Gesetz zur Begründung jener Rechtswirkung forderte. Aber das allgemeine Recht eines minor auf Restitution geht mit dem neuen Gesetz zu Grunde. — Verändert ein Gesetz die bisherigen Regeln über die Restitution und die Rückforderungsklagen der dos, so gilt es zwar auch für schon bestehende Ehen, aber nicht für die Fälle, wo schon die gesetzlichen Voraussetzungen jener Klagen eingetreten waren, also die dos schon wirklich gegeben, die instrumenta dotalia wirklich abgefaßt waren u. s. w. (L. un. § 16 in f. C. de rei uxor. act. — instrumenta enim jam confecta viribus carere non patimur, sed suum exspectare eventum —). Die bloße Eingehung der Ehe giebt aber nicht einen Anspruch auf unveränderliche Anwendung des zu der Zeit geltenden Dotalrechtes. — Die Anwendung der Regeln über die Testamentsform setzt voraus den wirklich erklärten letzten Willen eines Erblassers, wodurch er über seinen Nachlaß als Ganzes disponirt. Verändert nun ein neues Gesetz jene Form, so bleibt das schon gemachte Testament dennoch gültig, weil die früher geltende gesetzliche Voraussetzung desselben schon eingetreten war. Der Tod des Testators ist zwar ein nothwendiges Moment für das testamentarische Erbrecht des bestimmten Erben, aber nicht für die Gültigkeit der bloßen Vollziehung des letzten Willens. Dasselbe gilt von den Bestimmungen über den Pflichttheil (Nov. 66 C. 1 § 4 — maneant etiam sic institutiones, quae ab initio secundum tunc certas exstantes factae sunt leges — L. 29 C. de testament.). Die über das Schicksal der vacanten Portion eines weggefallenen testamentarischen Miterben oder

Nach dem bisher entwickelten Grundsatz soll der Richter bei jedem neuen Gesetz präsumiren, daß der Gesetzgeber es nicht auf frühere Facta angewandt wissen wolle. Nur ein entgegenstehender Wille des Gesetzgebers kann diese Regel aufheben. *) Jedoch soll eine ausdrücklich verfügte Rückanwendung

---

Legatars geltenden Bestimmungen setzen voraus, daß ein gültiges Testament vorliegt, und der Fall der Vacanz wirklich eingetreten ist. Die anteriores casus in der L. un. § 15 C. de caduc. toll. bezeichnen eben diese Voraussetzungen, auf welche die neuen Bestimmungen des Gesetzes nicht bezogen werden sollen. — Wenn ein neues Gesetz die bisher geltende Usucapionsfrist erweitert z. B. von 10 auf 15 Jahre setzt, so gilt es nicht für denjenigen, welcher schon vorher durch zehnjährigen ununterbrochenen Besitz die Bedingungen des alten Gesetzes erfüllt hatte. Dagegen muß der, welcher bis zu Publication des neuen Gesetzes nur 5 Jahre besessen, jetzt noch 10 Jahre im ununterbrochenen Besitz bleiben, weil nun sogleich das neue Gesetz für ihn gilt, dessen Voraussetzungen er durch seinen bisherigen Besitz nur zum Theil entsprochen. Denn die bloß durch das Bestehen des alten Gesetzes gerechtfertigte Erwartung, in 10 Jahren eine Sache usucapiren zu können, geht mit der Aufhebung desselben zu Grunde. Dasselbe gilt, wenn das neue Gesetz die Frist verengt z. B. von 10 auf 5 Jahre herabsetzt. Hat nämlich Jemand vorher schon 5 Jahre besessen, so hat er nun sogleich das Eigenthum der Sache erworben, weil die Erfordernisse des neuen Gesetzes schon jetzt concret erfüllt sind. Man kann hiergegen nicht ein Recht des durch die Usucapion verlierenden Eigenthümers einwenden, welcher durch die Anwendung des neuen Gesetzes in seinem begründeten Recht, nicht anders als durch zehnjährigen Besitz eines Dritten seine Sache verlieren zu können, gekränkt werde. Denn dieses sein angeblich erworbenes Recht ist nichts als eine unmittelbar aus dem alten Gesetz hervorgehende, aber für alle andern unter dem Gesetz stehenden Eigenthümer nicht minder als für ihn geltende, Erwartung, welche aber durch Aufhebung des allein sie rechtfertigenden Gesetzes durchaus grundlos wird.

*) L. 7 C. de legib. C. 13 X de constitut. — Die im Zusammenhang einzelner Gesetzesstellen vorkommenden Ausdrücke, welche das Motiv jenes Verbots bezeichnen sollen (L. 65 in f. C. de decurionib. — non praeteritis calumnias excitare — C. 2 X de constitut. — ut dispendiis praeterita non commendet, ne detrimentum possint ignorantes incurrere —), beweisen, daß es seinem vollsten Umfange nach nur für Civilgesetze gilt. Im Gebiet des Criminal- und Proceßrechts, wo heutzutage der Staat selbst als allein berechtigt erscheint, können neue Gesetze nicht streng nach jenem Grundsatz behandelt werden.

eines Gesetzes nie auf solche Verhältnisse gehen, welche schon vor dem Gesetz durch Vergleich oder Zahlung aufgelöset, oder durch richterliches Urtheil bekräftigt sind, und es ist dabei gleichgültig, ob dieses Urtheil schon rechtskräftig geworden oder nicht, denn auch der Appellationsrichter soll die in der zweiten Instanz anhängigen Rechtssachen stets nach den zur Zeit der ersten Sentenz geltenden Gesetzen entscheiden.*) Der in dem angegebenen Umfange geltende Satz des Verbots der Rückanwendung eines Gesetzes ist im Civilrecht ohne Ausnahme. Auch Prohibitivgesetze d. h. hier solche, wodurch die Vornahme einer Handlung verboten wird, auf welche Jemand schon vorher ein begründetes Recht hat, machen davon keine Ausnahme.**) Eben so wenig können authentische Interpretationen als Ausnahmen

*) Nov. 115 pr. L. 22 § 1 C. de S. S. eccles. L. un. § 4 C. de contractib. judic. L. 15 § 5 C. de legit. hered.

**) Wenn z. B. zwischen dem Unterthan eines bestimmten Staats und einem Auswärtigen ein Vertrag über Kornlieferung geschlossen ist, und vor der Erfüllung des Vertrags ein neues Gesetz in dem Staat des Verpflichteten die Kornausfuhr unbedingt verbietet, so kann zwar die Handlung der Kornlieferung nicht geschehen, und der Richter darf sie nicht für erlaubt erklären; aber dies ist keine Rückbeziehung des neuen Gesetzes. Denn dem Gläubiger wird dadurch sein Recht keinesweges abgesprochen; nur ist die Leistung des verbotenen Objects dem Verpflichteten, und zwar ohne seine Schuld, unmöglich geworden. Der Gläubiger muß sich daher vorsehen, und kann seine Klage nunmehr bloß auf eine angemessene Entschädigung richten. Eine solche Klage muß der Richter jetzt zulassen, und den Schuldner nach dem Vertrag condemniren. — Auch die bestrittene L. 27 C. de usur. steht unserer Behauptung nicht entgegen. Die Stelle enthält eine authentische Interpretation. Der Kaiser sagt im Eingang: die Interpretation, welche bisher dem von mir früher erlassenen Gesetz über das Zinsenmaaß (L. 26 C. eod.) zu Theil geworden, ist falsch. Ihr hättet mein Gesetz nach seinem Geist und Gehalt auch auf solche Klagen beziehen müssen, welche zwar aus einer schon früher geschlossenen Zinsstipulation hervorgingen, aber auf die für die Zeit nach der Erlassung des neuen Gesetzes restirenden Zinsen gingen. Man sieht hieraus: 1) daß der Gesetzgeber meint, die Rückbeziehung eines Gesetzes auf facta praeterita brauche nicht grade auf ausdrücklicher Anordnung zu beruhen, sondern ein solcher Wille könne auch aus dem Geist einer Verfügung geschlossen werden. 2) Daß L. 26 C. l. l. grade eine solche aus dem Zusammenhang des Gesetzes zu ersehende Rückanwendung auf facta praeterita enthält.

angeführt werden. Denn jene Regel bezieht sich nur auf wirklich neue Gesetze. Es ist aber der Begriff einer authentischen Interpretation, daß sie kein neues Gesetz, sondern nur der dem Verständniß Aller vorgelegte Inhalt eines alten ist. Nach diesem Begriff versteht sich von selbst, daß ihr Inhalt von dem Augenblick an gilt, wo das interpretirte Gesetz erlassen ist.*)

---

*) Nov. 19 pr. in f. (— cum omnibus manifestum sit, oportere ea, quae adjecta sunt per interpretationem, in illis valere, in quibus interpretatis legibus sit locus. —). — Man pflegt diese Regel nicht streng durchzuführen, indem man das interpretirte Gesetz für die Fälle nicht gelten läßt, welche schon durch richterliches Urtheil abgemacht sind. Dem Einwande, daß eigentlich jedes Urtheil, welches nicht nach dem wahren jetzt durch die authentische Interpretation enthüllten Sinn des Gesetzes gesprochen worden, contra jus gefällt, also nichtig sey, begegnet man durch die Bemerkung, daß eine Nichtigkeit nur dann eintrete, wenn das Urtheil gegen zweifelloses klares Gesetz verstoße (L. 2 C. quando provocare n. e. n. — sententiam contra tam m a n i f e s t i juris formam — L. 19 D. de appellat. — si expressim sententia contra juris r i g o r e m data fuerit, valere non debet —), was aber offenbar hier nicht vorliege, wo es erst eines interpretirenden Gesetzes bedurfte, um den Sinn Allen klar zu machen. Jedoch bezieht sich diese Beschränkung jedenfalls nur auf schon rechtskräftig gewordene Urtheile. Denn der Appellationsrichter muß die Rechtssache immer nach der authentischen Interpretation, auch wenn sie nach der ersten Sentenz erlassen ist, entscheiden, und die Nov. 115 pr. bezieht sich hierauf nicht — Uebrigens braucht ein Gesetz, um als authentische Interpretation zu gelten, sich nicht grade ausdrücklich als eine solche einzuführen, wenn nur diese Absicht sonst aus dem Zusammenhang des Gesetzes ersehen werden kann. Auch hat ein Gesetz nicht schon darum den Character einer authentischen Verfügung, weil es materiell eine bisherige Rechtscontroverse entscheidet, sey es, daß es ein von den bisherigen Ansichten ganz verschiedenes Recht einführt, oder dem Resultat nach einer jener doctrinellen Meinungen beitritt. Denn es ist sehr wohl möglich, daß der Gesetzgeber grade die entgegengesetzte Ansicht über den Sinn des früheren Rechts hat, und dennoch dieses abgeschafft wissen will, und zwar durch eine Bestimmung, welche grade der Ansicht einer Anzahl von Juristen über den eigentlichen Sinn des früheren Rechts entspricht. Hier ist das Zusammentreffen mit einer solchen juristischen Meinung durchaus zufällig, und die Legislation sieht ihr Gesetz hier nicht als authentische Interpretation, sondern als ein neues Gesetz an. — Ein Beispiel, wie ein Gesetz, welches seinem ganzen Inhalt nach die Natur einer authentischen Interpretation hat, dennoch aus besondern Gründen ausdrücklich als neues Gesetz publicirt werden kann, gewährt L. 23 § 3 C. mandati (et

### C. Von der Collision coordinirter Gesetze.

Ueber diese Rechtsmaterie giebt es in den geschriebenen Quellen des gemeinen Civilrechts gar keine allgemeine und wenige untergeordnete Bestimmungen, von welchen direct ein Gebrauch gemacht werden könnte. Der Grund davon ist, daß in der römischen Welt die für solche Bestimmungen nothwendigen Voraussetzungen sich nicht vorfanden. Die Voraussetzung ist nämlich, daß dem Richter ein Factum zur Beurtheilung vorliegt, welches von verschiedenen Gesichtspuncten aus einer Subsumtion unter verschiedene nebeneinander in verschiedenen Theilen eines Staats oder in verschiedenen Staaten geltende Gesetze fähig ist, und die Frage entsteht, welchen der möglichen Gesichtspuncte, wornach die Beziehung unter eines der Gesetze bestimmt wird, er anlegen soll. Er bedarf einer diese Frage entscheidenden objectiven Norm, weil eine subjective willkührliche Wahl der Natur der richterlichen Function widerspricht. Nun aber fehlte eine solche Norm im römischen Staat, weil nach den damaligen Verhältnissen eine Collision verschiedener coordinirter Gesetze nur höchst selten vorkommen konnte. Denn das von Rom ausgehende durch die Methode der römischen Juristen zu universeller Anwendbarkeit ausgebildete Recht hatte über den ganzen Rom unterthänigen Boden sich ausgebreitet. Regelmäßig konnte daher in Verhältniß zu diesem allgemeinen Recht nur die Frage entstehen über Subordination oder Vorzug vorhandener Localrechte, z. B. Municipalgesetze, specieller Provincial- oder Stadtgewohnheiten, *) und eine gerichtliche

---

justum quidem fuerat hoc remedium debitoribus ab Anastasianis temporibus impertiri, ex quibus etiam lex data est, quam homines astute lacerandam esse existimaverunt. Sed — in futuris post praesentem legem casibus observari censemus). Nach der Meinung des Kaisers bezog sich der Sinn des Anastasischen Gesetzes (L. 22 C. eod.) schon von selbst auf solche Fälle, welche er in seinem jetzigen Gesetz umfaßt. Dennoch will er aus besonderer Schonung es nicht als authentische Interpretation, sondern als neues Gesetz erlassen.

*) Z. B. L. 9 C. de testam. L. 3 § 5 D. de sepulcro viol. L. 1 C. de emancip. liberor. — Von allen römischen Gesetzesstellen, welche man namentlich in älteren Schriften über unsere Lehre allegirt findet, sind die meisten ganz unbrauchbar, und nur wenige giebt es, welche sich

Anerkennung wirklich ausländischer Gesetze konnte nach damaligen Grundsätzen gar nicht vorkommen. Heutzutage aber sind die Voraussetzungen für die vorliegende Frage vollständig vorhanden. In Deutschland giebt es eine Menge widerstreitender in den verschiedenen Ländern und Districten geltender Gesetze, und die Verbindung der einzelnen Staaten ist ungeachtet ihrer politischen Unabhängigkeit practisch so eng, daß eine wenigstens theilweise gerichtliche Anerkennung der gegenseitigen Gesetzgebungen herrschendes Princip ist. In diesem deutschen Gebiet nun, wo die particulaire Gesetzgebung weder überall, noch überall ausreichend für eine Entscheidung unserer Frage gesorgt hat, handelt es sich darum, ob es für den Richter eine gemeinrechtliche Norm giebt, nach welcher er sich in solchen Collisionsfällen zu richten hat. Eine solche Norm müßte bestimmte allen, zur richterlichen Cognition kommenden, Fällen gemeinsame Merkmale hervorheben, an welchen der Richter das concret anwendbare Gesetz eines bestimmten Orts erkennen könnte. Ueber die zweckmäßige Wahl solcher Merkmale ist die Litteratur der neueren Zeit reich an widerstreitenden Ansichten. Aber alle diese, so lange sie nicht in allgemeine Ueberzeugung übergegangen, und durch allgemeinen Gebrauch den Character

---

hier indirect benutzen lassen: L. 1 pr. L. 37 D. de usur. L. 10 § 3 D. mandat. L. 7 § 10 D. de administr. tutor. L. 19 C. de locat. L. 6 D. de evict. L. 3 § 6 D. de testib. L. 1 § 15 D. de inspic. vent. L. 2 C. quemadmod. testam. aper. sagen, daß der Inhalt und die Art einer vertragsmäßigen Leistung oder einer sonst vorzunehmenden Handlung bisweilen nach dem am Ort des Contracts oder der Vornahme geltenden Brauch sich richte, und L. 34 D. de reg. jur. L. 18 § 3 D. de instruct. leg. L. 50 § 3 D. de leg. 1. L. 21 § 1 in f. D. qui testam. fac. poss., daß über die Interpretation eines Vertrages oder letzten Willens unter Umständen die Gewohnheit des Orts entscheiden könne. Man fühlt sich nun versucht, alle diese Stellen zum Beleg für die unten zu erörternde Regel „locus regit actum" anzuführen. Eigentlich aber handelt es sich in denselben nur um Aufsuchung der die da genannten Verhältnisse bestimmenden Norm überhaupt, ohne daß dabei an den uns interessirenden Fall concurrirender abweichender Gesetze gedacht wird. Die häufig gebrauchte L. 65 D. de judic. spricht nur von dem Ort, wo in einem gewissen Fall geklagt werden soll, nicht aber von den in der Rechtssache anzuwendenden Gesetzen. Endlich L. 1-3. L. 12 § 1 D. de reb. auct. jud. poss. und eine Menge anderer Stellen gehören gar nicht hierher.

bloßer Subjectivität verloren haben, dürfen den Richter, und eben deshalb auch die juristische Theorie, deren Wissen nur der practischen Anwendung dienen soll, nicht kümmern. Die Theorie darf nur unternehmen, eine schon zur Anerkennung gelangte Norm vorzulegen. Es giebt hier nun wirklich eine aus ursprünglich vereinzelten doctrinellen Ansichten hervorgegangene deutsche Praxis,*) welche wenigstens in den Hauptsätzen dem Richter einen festen Anhaltspunct gewährt. Die Theorie hat, wie immer, das Geschäft, die in dieser Praxis liegenden Consequenzen zu expliciren. Der Gerichtsgebrauch hat die Aufgabe gelöst, solche Merkmale als allgemein wesentliche zu bezeichnen, welche auf der einen Seite weit genug sind, um alle vorkommenden Fälle zu umfassen, und anderseits geeignet sind, die Frage, welches von mehreren in verschiedenen Ländern oder Districten geltenden Gesetzen angewandt werden solle, zu erledigen. Der Gerichtsgebrauch will unterschieden wissen, ob es sich im einzelnen Fall um eine Person, eine Handlung, oder eine Sache handelt, und bestimmt, daß der Richter lediglich an diesen Merkmalen das concret entscheidende Gesetz erkennen solle. Diese Momente sind für jenen Zweck dienlich, weil sie eine räumliche Beziehung haben, wornach sich bestimmen läßt, welches Orts Gesetz im einzelnen Fall herrschen solle: denn die Person hat irgendwo ihr Domicil und Gerichtsstand, die Sache ist irgendwo belegen, die Handlung irgendwo vorgenommen. Hiernach stellt die Praxis folgende Unterschiede auf: **)

---

*) Darüber vgl. G. von Struve über das positive Rechtsgesetz in seiner Beziehung auf räumliche Verhältnisse § 14. 15. 16. Thibaut System des Pandectenrechts § 38 Not. b. —

**) Es sind dies juristische Grundsätze, d. h. die in's Leben übergegangene Doctrin hat, weil sie in der Gesetzgebung keine ausdrückliche Entscheidung vorfand, eigenthümliche Normen geschaffen, welche in dieser Sphäre die ersten, also Principien sind, welche juristisch nicht abgeleitet werden können. Was Einzelne, durch diese Praxis unbefriedigt, an ihre Stelle zu setzen versucht haben, hat als bloße Particularität keinen juristischen Werth; ob einen legislativen, untersucht nicht die Rechtstheorie. Manche haben die Sache sehr einfach durch die Regel abmachen zu können geglaubt, daß man immer auf die Gesetze des Orts sehen müsse, wo der Fall zur Sprache komme, und gerichtlich entschieden werde. Denn

1) Handelt es sich in einem Fall um eine Person, so kommen die Gesetze des Orts zur Anwendung, wo sie ihren universellen Gerichtsstand hat, also in der Regel die Gesetze des Domicils (statuta personalia).

---

1) könne kein Gesetz über das Territorium hinaus, wofür es erlassen, wirksam seyn, und

2) sey jeder Richter von selbst darauf angewiesen, die Gesetze seines Orts, Districts, Landes anzuwenden.

Allein der erste Satz mag richtig seyn, gehört aber nicht hierher. Die Regel, das Gesetz gelte nur innerhalb des Territorium, für welches es als gelten sollend publicirt worden, sagt nichts andres, als daß die factischen Voraussetzungen, auf welche die Rechtsbestimmung des Gesetzes bezogen ist, innerhalb des Raumes, wo es herrscht, verwirklicht seyn müssen. Nun aber ist es gar nicht der Sinn der obigen Grundsätze, ein Gesetz über seinen geographischen Umfang hinaus wirken lassen zu wollen, und wer behauptet, der Richter dürfe auch ein anderswo geltendes Gesetz anwenden, widerspricht jener Regel durchaus nicht. Denn er behauptet dies nur unter der Voraussetzung, daß der dem Richter zur Entscheidung vorliegende Fall innerhalb der Sphäre der Herrschaft des fremden Gesetzes wirklich geworden ist. Wenn wir z.B. mit der Praxis behaupten, daß der Richter, obgleich er anderswo fungirt, die über den Erwerb einer unbeweglichen Sache geltenden Bestimmungen den Gesetzen des Orts, wo sie liegt, entnehmen müsse, so meinen wir, daß der Richter hier nur urtheile, das ihm vorliegende Rechtsverhältniß gehöre dem Territorium rei sitae an, könne mithin auch nur nach den dortigen Gesetzen entschieden werden. — Der zweite Satz, auf welchen jene Ansicht sich stützt, ist als Argument unbrauchbar, weil er in der That keinen andern Sinn hat, als die Behauptung selbst, zu deren Begründung er angeführt wird. Er setzt das erst zu Beweisende voraus, denn es ist eben die Frage, ob nicht der Richter verpflichtet seyn könne, anderswo geltende Gesetze anzuwenden. Aus allgemeinen, etwa im Geist des gemeinen Rechts liegenden, Normen läßt sich das nicht beantworten, denn das gemeine Recht enthält nur den generellen Satz, es sey die Natur des Richteramts, das concret anwendbare Recht zur Geltung zu bringen, giebt aber keine Entscheidung darüber, welches denn in Collisionsfällen dieses concret anwendbare Recht sey. Solche Sätze und Behauptungen aber, welche man nicht aus einer für Deutschland wirklich gültigen Gesetzgebung entnimmt, respectiren wir als rein subjective Abstractionen weder hier, noch irgend wo anders im ganzen Gebiet der Theorie des Rechts. — Uebrigens würden nach der obigen Behauptung die processualischen Normen über Competenz und Gerichtsstand auch für unsre Frage stets entscheidend seyn. Ohne Zweifel liegt jener Ansicht eine Verwechselung mit diesen Proceßvorschriften zum Grunde.

2) Handelt es sich um eine Sache, so entscheiden die Gesetze des Orts, wo sie gelegen ist (statuta realia).

3) Ist eine Handlung, eine Willensäußerung das vorherrschende Moment eines Falles, so sind die entscheidenden Gesetze die am Ort der vollendeten Handlung (des ein- oder zweiseitigen Geschäfts, des Delicts u. s. w.) geltenden (statuta mixta).

Diese drei Merkmale sind nun geeignet, alle zur richterlichen Beurtheilung gelangenden Thatsachen zu begreifen, denn irgend wie wird der Richter an dem ihm vorliegenden Factum eine Beziehung auf Person, Sache oder Handlung entdecken können. Aber schwierig ist es, den Willen der gerichtsgebräuchlichen Norm über das Verhältniß jener drei Momente zu einander zu erkennen. Mehrere oder alle können in einem Factum zusammentreffen, und es fragt sich dann, welches als das wesentliche gelten solle. *) Das leitende Princip ist nun, daß man, weil der Gerichtsgebrauch jene drei Bestimmungen nebeneinander sanctionirt, ihr Verhältniß so ordne, daß einer jeden eine bestimmte und ausgedehnte Sphäre der Herrschaft gesichert wird, und daß man im einzelnen Fall diejenige vorherrschen lasse, wodurch Unsicherheit und Zweifel, welchen der Gerichtsgebrauch grade zu heben beabsichtigt, vermieden wird. **) Man gelangt hierdurch zu folgenden Resultaten:

---

*) Z. B. wenn über die durch Vertrag verabredete Leistung einer Sache Streit entsteht, soll der Richter dann urtheilen nach den Gesetzen des Orts, wo der Vertrag geschlossen ist, oder des Orts, wo die Sache liegt, oder endlich nach den Gesetzen des Domicils des Berechtigten oder Verpflichteten?

**) Das Beispiel in der obigen Note macht dies anschaulich. Würde man hier das Merkmal des Subjects entscheiden lassen, so entstände wieder der (wohl nach selbsterdachten Principien zu hebende, nicht aber objectiv gesetzlich lösbare) Zweifel, ob es auf das Domicil des Berechtigten oder das des Verpflichteten ankommen solle. Wollte man den Gesichtspunct der Sache vorwalten lassen, so würde der dritten coordinirten Regel, daß auch der Ort der Vornahme einer Handlung, hier also des perfecten Vertrages, in Betracht kommen solle, nur eine höchst untergeordnete Sphäre ihrer Anwendung bleiben. Darum ist nach dem Geist jenes Gerichtsgebrauches zu schließen, daß in diesem Fall der Ort, wo der Vertrag factisch geschlossen, oder juristisch als

1) In der Wirklichkeit giebt es zwar kein rechtliches Verhältniß ohne Subject, aber es kann doch je nach Art des Verhältnisses die Person mehr oder minder hervortreten. Wenn nämlich rechtliche Eigenschaften z. B. Minderjährigkeit, Volljährigkeit und die daraus hervorgehenden Rechtswirkungen, oder wenn rechtliche dauernde Zustände eines Subjects z. B. väterliche Gewalt, Vormundschaft, eheliches Verhältniß und die daran geknüpften Rechtswirkungen in Frage stehen, so können nur die Personalstatute entscheiden, weil persönliche Eigenschaft und persönlicher Zustand nur unter das erste der drei genannten Merkmale subsumirt werden können. *) Ebenso, wenn Ver-

geschlossen angenommen wird (L. 21 D. de obligat. L. 3 D. de reb. auct. judic. poss.), entscheiden solle.

*) Die Bestimmungen über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten sind im Gesetz eine Folge des persönlichen ehelichen Verhältnisses, und es müssen darum die Personalstatute, und zwar die des Ehemannes, weil die Frau seinem Domicil folgt, entscheiden. Haben die Ehegatten durch besondere Ehepacten ihr Vermögensverhältniß geordnet, so entscheidet das Gesetz des Orts der Perfection dieses Vertrages, oder, wenn man L. 65 D. de judic. hierher ziehen will, das Gesetz des Orts, wo zur Zeit des Vertrages der Ehemann sein Domicil hat, und zwar ohne Rücksicht auf etwanige spätere Veränderung des Domicils. Sind aber solche Ehepacten nicht geschlossen, so ist die Frage, ob mit Veränderung des Domicils auch die rechtlichen Bestimmungen über die Güterverhältnisse der Ehegatten sich verändern, also überhaupt nach den jedesmaligen Personalstatuten des Ehemannes sich richten? Wir entscheiden für die bejahende Meinung, weil die vermögensrechtlichen Bestimmungen die gesetzliche Folge des persönlichen Eheverhältnisses sind, dieses aber nach den jedesmaligen Personalstatuten des Ehemannes sich richten muß. Die Theorie, welche die Gesetze des Domicils zur Zeit der Eingehung der Ehe stets unverändert angewandt wissen will, argumentirt folgendermaaßen: die Ehegatten können entweder durch besondere Ehepacten ihre Vermögensverhältnisse bestimmen, oder die Gesetze ihres Domicils dafür gelten lassen. Unterlassen sie nun Ersteres, so sprechen sie dadurch stillschweigends ihren Willen aus, sich nach den Gesetzen des Domicils richten zu lassen. Die Anwendung dieser Ortsgesetze ist also die Folge eines stillschweigenden Vertrages unter den Eheleuten, und das ist der Grund, weswegen eine spätere Veränderung des Domicils keinen Einfluß auf die einmal geltenden Ortsbestimmungen äußern kann. Wir läugnen nun die Wahrheit dieses Raisonnements, weil es auf falscher Prämisse beruht. Jene oben bezeichnete Alternative nämlich, von der diese An-

hältnisse, welche sich auf das Vermögen als juristisches Ganzes beziehen, der richterlichen Beurtheilung vorliegen, entscheiden nicht die Gesetze der Territorien, wo die einzelnen körperlichen Bestandtheile des Vermögens sich befinden, sondern die Personalstatute des berechtigten Subjects. Denn diese Bestandtheile, welche factisch einzeln unterschieden werden können, fallen hier juristisch zu einer intellectuellen Einheit zusammen, welche als solche nirgends belegen seyn kann, und eine räumliche Existenz nur indirect dadurch erhält, daß das Domicil des In-

---

sicht ausgeht (die Möglichkeit, entweder zu paciscíren, oder die Gesetze walten zu lassen), ist nur richtig im bloß factischen Sinn; aber im Verlauf der Argumentation wird ihr unvermerkt ein juristischer Sinn untergeschoben. Zur Rechtfertigung dieser Behauptung muß eine Eintheilung der Gesetze, deren Sinn grade hier anschaulich dargelegt werden kann, kurz erörtert werden. Das Gesetz kann absolut oder bedingt gebietend seyn. Jenes setzt eine Norm als absolut nothwendige Folge einer factischen Voraussetzung, und räumt dem Privatwillen keinen Einfluß auf die Geltung der Rechtsbestimmung ein. Das bedingt gebietende (hypothetische, dispositive) Gesetz gestattet dem Privatwillen, für einen unter der gesetzlichen Voraussetzung begriffenen Fall eine von der gesetzlichen Disposition abweichende Norm zu schaffen. Das Gesetz verliert hier seine Anwendung, wenn der Privatwille von der ihr überlassenen Freiheit wirklich Gebrauch macht. Aber die Wirksamkeit des dispositiven Gesetzes wird auch nur durch die *wirklich geschehene* Aeußerung des Privatwillens suspendirt, und hört im entgegengesetzten Fall nicht auf, für alle unter ihm begriffenen Fälle, wie jedes andere Gesetz, *durch sich selbst* gültig zu seyn. Wer das Eintreten einer solchen gesetzlichen Bestimmung auf den (stillschweigenden) Privatwillen als seinen Grund zurückführt, verwechselt den juristischen Grund mit der factischen Veranlassung. Das negative Verhalten des Privaten giebt hier der Wirksamkeit des Gesetzes Raum; aber diese bloß äußere Zufälligkeit ist dann nicht rechtlich der Grund der Anwendung des Gesetzes. Hieraus ergiebt sich für die vorliegende Frage, daß, wenn die Ehegatten keine Ehepacten geschlossen haben, die dann eintretenden Gesetzesbestimmungen unmittelbare juristische Folge des ehelichen Verhältnisses selbst sind, woraus von selbst folgt, daß mit der Veränderung der räumlichen Existenz dieses Verhältnisses auch die Gesetze des gewählten neuen Domicils zur Anwendung kommen. Jedoch ist dabei zu beachten, daß die während der Herrschaft der früheren Ortsgesetze am ehelichen Vermögen begründeten einzelnen Rechte durch die Veränderung des Domicils nicht afficirt werden; denn hier, wie überall, ist eine Rückwirkung des zur Geltung kommenden Gesetzes ausgeschlossen.

habers auch auf sie bezogen wird. Die Präjudicialfrage ist für den Richter also immer, ob in dem bestimmten von ihm zu beurtheilenden Rechtsverhältniß das Vermögen juristisch als ein Ganzes gilt. Dies ist nun vorzugsweise bei der Erbschaft der Fall. Darum müssen die Regeln über Intestat- und testamentarische Erbfolge insgesammt den Gesetzen des forum, welches der Erblasser zur Zeit seines Todes hatte, entnommen werden. *)

2) Die Realstatute sollen neben den persönlichen und gemischten Statuten gelten. Darum setzt ihre Anwendung voraus:

a) Daß die Sache in dem zu entscheidenden Fall rechtlich als eine selbstständige einzelne gilt. Denn ist sie nur factischer Theil eines juristischen Vermögensganzen, so gelten die Personalstatute.

b) Daß die Sache als solche d. h. unmittelbar das Object des Verhältnisses ist. Dies ist sie aber nur im Besitzverhältniß und als Gegenstand dinglicher Rechte. Dagegen in obligatorischen Verhältnissen ist sie nur das Object des practischen Interesse, nicht aber juristisches Object, weil der unmittelbare Gegenstand des persönlichen Rechts die Handlung des Verpflichteten ist (vgl. drittes Capitel über dingliche und persönliche Rechte). Darum müssen alle über Erwerb, **) Wirkungen und

*) Vorausgesetzt ist dabei, daß die Gesetze des Orts, wo einzelne Theile der Erbschaft liegen, auch den Grundsatz, daß in das Vermögen als Einheit succedirt wird, anerkennen, und nicht für die dort belegenen Sachen besondere Successionsregeln aufstellen. Wenn z. B. ein Localstatut für Bauerngüter eine besondere Successionsart anordnet, so muß in das hier belegene zur Erbschaft eines anderwo domicilirt gewesenen Erblassers gehörige Gut nach jenen Grundsätzen succedirt werden, während für das übrige Vermögen das Personalstatut zur Anwendung kommt. — Die Singularsuccessionen mortis causa betreffen zwar nur singulae res, und man könnte deßhalb behaupten, daß die über Legate u. s. w. geltenden Bestimmungen aus den Gesetzen des Orts, wo sie liegen, genommen werden müßten. Aber die regelmäßige Abhängigkeit der Singular- von der Universalsuccession mortis causa berechtigt zu der Ansicht, daß auch für Legate u. s. w. die Personalstatute des Erblassers anzuwenden sind.

**) Z. B. am Ort A erwirbt man durch den bloßen Zuschlag das

Verlust dinglicher Sachenrechte und des Besitzes geltenden Normen aus den Realstatuten genommen werden. Alles dies gilt aber nur für unbewegliche Sachen. Denn die beweglichen, weil sie ihrer Natur nach nicht an einen bestimmten Ort dauernd fixirt sind, sollen nach dem Gerichtsgebrauch dem Domicil dessen folgen, welcher ein unmittelbares dingliches Recht an ihnen hat. Bloß dann gelten auch für sie die **statuta rei sitae**, wenn diese sie speciell berücksichtigen, und eigene Bestimmungen für sie enthalten, vorausgesetzt, daß sie dann noch factisch an diesem Ort gegenwärtig sind.

3) Wo in dem zu beurtheilenden Factum die concurrirenden Merkmale der Person und Sache nach der Praxis unberücksichtigt bleiben sollen, dagegen das Moment der Handlung als das wesentliche gelten soll, da greifen die statuta mixta ein (locus regit actum). Unter diese Regel fallen im Gebiet des Civilrechts alle aus Verträgen und Delicten hervorgehenden obligatorischen Verhältnisse, und alle Fragen über die Form *) rechtlicher Geschäfte. Daher kann ein nach den statuta mixta ungültig errichtetes Geschäft nicht in **foro domicilii** des Errichtenden aufrecht erhalten werden, wenn es auch den Gesetzen dieses Orts entsprechen sollte. Denn nach der Consequenz des Gerichtsgebrauches, welcher hier die Norm giebt, darf der

---

Eigenthum des versteigerten Grundstücks; am Ort B verlangt das Gesetz außerdem noch die Tradition desselben. Dort geschieht nun der Zuschlag, und am Ort B liegt das Grundstück. Soll hier, wenn Streit darüber entsteht, ob das Eigenthum am Grundstück erworben, der Ort der Versteigerung als locus contractus entscheiden, oder der Ort, wo die Sache liegt? Handelte es sich hier um die aus dem Verkauf hervorgehenden persönlichen Leistungen, so kämen die statuta mixta zur Anwendung. Hier aber ist die Frage über den Erwerb des Eigenthums an der Sache, daher entscheiden die Realstatute.

*) Die Wirkungen der Rechtsgeschäfte richten sich nicht immer nach diesen Gesetzen, wie aus der bisherigen Entwicklung sich ergiebt. Denn die testamentarische Erbfolge und die durch Legitimation und Adoption begründeten Rechtsverhältnisse werden in ihren rechtlichen Wirkungen nach den Personalstatuten beurtheilt. Bloß die obligatorischen Verhältnisse gehören auch ihrer Wirkung nach unter die gemischten Statute.

Richter nicht die Gültigkeit des Geschäfts nach den Gesetzen seines Orts aussprechen, weil diese sich nur auf solche Handlungen beziehen, welche eben hier vorgenommen sind. Wenn dagegen das Geschäft nach den statuta mixta gültig eingegangen ist, so gilt es auch in foro domicilii, wenn auch die hier geltenden Gesetze es nicht anerkennen würden. *)

## Zweites Capitel.

### Das Rechtssubject.

## Erste Abtheilung.

### Der einzelne Mensch als Rechtssubject.

#### §. 6.

#### Begriff, Erwerb und Verlust der Rechtsfähigkeit.

Das Recht als der allgemeine Wille, wodurch die Zustände und Verhältnisse der im Staat begriffenen Menschheit geordnet und normirt werden sollen, wird dadurch wirklich, daß der Einzelwille nach ihm gerichtet, und als mit ihm übereinstimmend anerkannt und realisirt wird. Das Civilgesetz gewährt ein bestimmtes Dürfen und Können; das Wesen, welchem es dies zugesteht, ist juristisches Subject. Das im Civilgesetz, als unausgeführter Norm, bloß noch abstracte Dür-

*) Man macht hier jedoch die Beschränkung, daß nicht eine dolose Umgehung der einheimischen Gesetze als Grund der auswärtigen Errichtung müsse nachgewiesen werden können, und daß das Subject nach den statuta mixta nicht ein Recht zu solchen Handlungen erwerbe, welche nach den Personalstatuten absolut verboten sind, oder der einheimischen Verfassung widerstreiten. Die Entscheidung wird hier die nämliche seyn, welche bei der Frage über die rückwirkende Kraft der Prohibitivgesetze ausgesprochen ist.

fen und Können verwandelt sich durch Verwirklichung der gesetzlichen Voraussetzungen (als des Erwerbsgrundes — vergl. fünftes Cap.) in concretes Dürfen, d. h. einzelnes Recht, und in concretes Können, d. h. einzelnen juristischen Besitz. Das Wesen des Rechts und des juristischen Besitzes ist aber der Wille (vergl. die Begriffsbestimmungen im dritten und fünften Cap.). Folglich ist juristisches Subject das Wesen, welches nach dem Gesetz wollen, d. h. Rechte haben und juristisch besitzen, darf. Das zum Wollen juristisch befähigte Subject hat Rechtsfähigkeit, juristische Persönlichkeit, ist Person (persona).*) Es ist nun

1) die Regel des Rechts, daß nur der einzelne Mensch (singularis persona) **) Rechtssubject ist. Jede Abweichung hiervon beruht auf Ausnahmsrecht (vergl. Cap. 2. Zweite Abtheil.).

2) Es ist ferner herrschender Grundsatz des heutigen Rechts, daß jeder einzelne Mensch Rechtssubject ist.

Im römischen Staat gab es drei Stufen der Rechtsfähigkeit, entsprechend drei verschiedenen Sphären von Berechtigungen, deren ein Unterthan des römischen Staats theilhaftig seyn konnte. Die höchste Rechtsfähigkeit hatte, wer frei, römischer civis und paterfamilias war, oder einfacher: der paterfamilias hatte die höchste Rechtsfähigkeit, denn paterfamilias konnte nur seyn, wer civis, und civis nur, wer frei war. Aber man konnte Civität haben, ohne paterfamilias zu seyn, und hatte dann zwar alle publicistischen Rechte, war aber privatrechtlich ursprünglich ganz unselbstständig (alieni juris) und rechtlos, und im späteren Recht noch vielfachen Beschränkungen unter-

*) Im vulgären Sinn wird der Ausdruck „persona" auch von Sclaven gebraucht. (L. 22 pr. D. de reg. jur. L. 215 D. de verb. signif.). Aber technisch bezeichnet er nur das rechtsfähige Subject (z. B. pr. J. de stipul. serv.). — Wie sich die bloße Handlungsfähigkeit, welche auch den nicht rechtsfähigen Subjecten zukommt, und wirklichen Rechtssubjecten fehlen kann, von der Rechtsfähigkeit unterscheidet, darüber vgl. das fünfte Cap.

**) Der Ausdruck ist technisch im Gegensatz von curia, corpus, collegium: L. 9 § 1 D. quod met. caus.

worfen, so daß also der bloße Zustand der Civität einen geringeren Grad der Rechtsfähigkeit ausmachte. Man konnte endlich auch frei seyn, ohne Civität zu haben; aber der bloß Freie entbehrte alle die öffentlichen und privatrechtlichen Vorzüge, welche das nationell römische Recht regelmäßig nur dem civis gewährte. Die römischen drei status *) libertatis, civitatis und familiae waren die Zustände, welche die Bedingung der Rechtsfähigkeit überhaupt oder eines Grades derselben ausmachten. Der status civitatis war nun schon zu Justinians Zeit bedeutungslos geworden, nachdem Caracalla **) die Civität zum Gemeingut aller freien Unterthanen des Staats ge-

*) Die Lehre von diesen status ist zwar rein rechtsgeschichtlich; jedoch ist es zur Aufhellung mancher specieller Lehren nöthig, mit wenigen Worten hier den status familiae zu berühren. Er kann nur aus dem römischen Begriff von familia erkannt werden. Familia (verwandt dem oscischen famel, famul, römisch famulus — Festus de verb. signific. s. v. famuli) hieß ursprünglich der dem unbeschränkten Willen des paterfamilias unterworfene, ihm juristisch absolut dienstbare Kreis, zu welchem seine Frau, die von ihm (oder seinen männlichen Nachkommen) erzeugten und adoptirten Kinder, die Sclaven, und das ganze bewegliche und unbewegliche Vermögen gehörten. Aber der Begriff der familia reichte noch über die gemeinsame effective Unterordnung unter ein lebendes Familienhaupt hinaus, und erhielt sich noch unter den freien Genossen der Familie, welche durch den Tod des gemeinsamen paterfamilias selbstständig (sui juris) geworden waren, und unter Allen, welche von den männlichen Mitgliedern dieser Genossenschaft abstammten. Alle diese gehörten juristisch einer Einheit an (L. 195 § 2 D. de verb. signif.), welche in dem gemeinsamen Stammvater ihren Mittelpunct hatte, und einen Complex von Rechten begründete, woran kein extraneus Theil nehmen konnte. Wer nun zu dieser Einheit der durch Agnation Verbundenen gehörte, hatte den status familiae. Ein paterfamilias hatte den status familiae nicht im Verhältniß zu der ihm untergeordneten Familie, sondern zu allen denen, welche ehemals mit ihm unter einem paterfamilias standen, und den mit ihnen agnatisch Verbundenen. Man brauchte zwar nicht paterfamilias zu seyn, um den status familiae zu haben, denn jeder Agnat hatte ihn, und jeder aus der Familie Tretende verlor ihn, aber der wirkliche Erwerb der einzelnen von diesem status abhängigen Rechte z. B. der legitimen Tutel, des Intestaterbrechts konnte für den einzelnen Agnaten doch nur geschehen, wenn er paterfamilias geworden war.

**) L. 17 D. de statu hom.

macht, und Justinian den alten Unterschied zwischen den verschiedenen Arten der Freigelassenen aufgehoben hatte.*) Darum ist der altrömische Unterschied zwischen freien Peregrinen und römischen Bürgern durchaus unpractisch. Die heutige Unterscheidung zwischen Ausländern und Einheimischen, welche ohnehin mit dem römischen Verhältniß der peregrini und cives nicht zu vergleichen ist, hat aber gar keine privatrechtliche Bedeutung. Der status familiae hatte schon zu Justinians Zeit den größten Theil seiner ehemaligen Wichtigkeit verloren, nachdem die Agnation aufgehört hatte, ausschließliche oder auch nur regelmäßige Bedingung des Erwerbs gewisser Rechte (z. B. des Intestaterbrechts) zu seyn, und auch der Verlust gewisser schon erworbener Rechte (z. B. des ususfructus) nicht mehr an den Austritt aus der Familie geknüpft war. Der status libertatis war allein noch von großer juristischer Bedeutung, weil der Zustand des Sclaven, obwohl seit lange schon durch kaiserliche Gesetzgebung gemildert,**) doch noch immer dem des Freien untergeordnet, und in allen wesentlichen Beziehungen unverändert geblieben war. Im heutigen Recht ist nun auch dieser letzte Unterschied unter den die Rechtsfähigkeit bedingenden Zuständen verschwunden, indem nach herrschendem Grundsatz eine sclavische Unfreiheit***) nicht mehr anerkannt, vielmehr in Beziehung auf gemeine Rechtsfähigkeit jeder Mensch dem andern gleich geachtet wird. Die Rechts-

---

*) § 3 J. de libertin.

**) Darum sagt schon Modestin in L. 4 D. de capite minut. vom Sclaven „hodie enim incipit statum habere."

***) Die Strafe des bürgerlichen Todes, welche nach Particularrechten mit der Verurtheilung zu gewissen Strafen (z. B. zur Kettenstrafe d. h. lebenslänglichem Verlust der Freiheit verbunden mit Zwang zu schweren öffentlichen Arbeiten oder den schwersten Zuchthausarbeiten) verbunden ist, reicht juristisch nicht so weit als der Verlust des status libertatis, und umfaßt mehr als der Verlust des römischen status civitatis. Denn wenn auch alle gemeinen Rechte dadurch verloren gehen, so wird der Verurtheilte doch nicht servus im Römischen Sinn (welcher als Sache wirklich Gegenstand des Verkehrs war); aber er kommt in einen Zustand, welcher im Wesentlichen mit dem eines auf die Peregrinität herabgesetzten civis nicht zu vergleichen ist, obwohl nach beiden Seiten hin einzelne Aehnlichkeitspuncte sich darin finden.

fähigkeit wird daher jetzt von Jedem in dem Augenblick erworben, wo er lebendig und menschlich gestaltet geboren ist. Die Erfordernisse der Rechtsfähigkeit sind demnach:

1) daß er wirklich geboren ist. Der noch Ungeborne (venter, partus, foetus) gilt juristisch als Theil der Mutter,*) und einen wirklichen Rechtserwerb macht weder er selbst, noch ein Andrer durch ihn.**) Aber provisorisch wird er doch bis zu dem Moment, wo es entschieden ist, ob er lebendig zur Welt gekommen, als schon geboren fingirt, insofern es sich um seinen, und zwar auch nur seinen eignen, rechtlichen Vortheil handelt,***) und es giebt außerdem mancherlei gesetzliche Bestimmungen, wodurch die Hoffnung seiner Geburt geschützt, und seine künftige Existenz gesichert werden soll.†) Für den Beginn der Rechtsfähigkeit und den Erwerb der einzelnen ihm bis dahin reservirten Rechte bedarf es übrigens nur sei-

---

*) L. 1 § 1 D. de inspic. ventr. — mulieris portio est vel viscerum — L. 9 § 1 D. ad leg. Falc. — partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur. —

**) L. 3 D. si pars hered. pet. — antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei jura integra reservarent, — L. 7 pr. D. de reb. dub.

***) L. 7 D. de statu hom. — perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quotiens de commodo ipsius partus quaeritur, quanquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit. L. 26 D. eod. Qui in utero sunt, in toto pene jure civili intelliguntur in rerum natura esse — L. 231 D. de verb. signif. — qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, quum de ipsius jure quaeritur. — Anwendungen von dieser Rechtsregel: L. 26 D. l. l. — legitimae hereditates his restituuntur, et si praegnans mulier ab hostibus capta sit, id quod natum erit, postliminium habet, item patris vel matris conditionem sequitur. L. 4 de liberis et posth. hered. L. 12 pr. D. eod. — rumpit testamentum — L. 30 § 1 D. de adquir. hered.

†) L. 2 D. de mortuo infer. (negat lex regia, mulierem, quae praegnans mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur: qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur. L. 18 D. de stat. hom. L. 3 D. de poenis. Dahin gehören auch die Strafbestimmungen gegen das Abtreiben der Leibesfrucht: L. 38 § 5. L. 39 D. de poenis. L. 4 D. de extraord. crim.

ner Geburt, und es ist juristisch gleichgültig, wie *) und wann **) dieselbe geschieht.

2) Daß er **lebendig** geboren ist. Gesetzlich gehört dazu

*) L. 141 D. de verb. signif. — etiam ea mulier, cum moreretur, creditur filium habere, quae *exciso utero* edere possit. L. 12 pr. D. de liber. et post. hered. — natum accipe, et si exsecto ventre editus sit.

**) Nach einer früher gangbaren, jetzt noch von Manchen angenommenen Theorie soll ein vor dem hundert zwei und achtzigsten Tage nach der Conception geborenes Kind keine Rechtsfähigkeit haben, weil dasselbe lebensunfähig d. h. außer Stande sey, getrennt von der Mutter auf längere Zeit sein Leben fortzusetzen. Man beruft sich auf L. 12 D. de stat. hom. (cf. L. 3 § 12 D. de suis et legit. hered.) und L. 2 C. de posthum. hered. Die erste Stelle enthält die damals allgemein angenommene durch kaiserliches Rescript bestätigte Ansicht des Hippocrates, daß ein partus perfectus schon nach Ablauf von 181 Tagen geboren werden könne, und der Jurist benutzt diese Ansicht, um daraus die juristische Präsumtion abzuleiten, daß ein am hundert zwei und achtzigsten Tage nach Eingehung der Ehe geborenes Kind ein eheliches sey. Aber die Stelle enthält weder direct noch indirect die Bestimmung, daß ein Wesen, welches ungewöhnlicher Weise schon vor dem hundert zwei und achtzigsten Tage völlig menschlich construirt und lebendig geboren worden, dennoch nicht als Rechtssubject gelten solle. Nach der zweiten Stelle soll ein abortus nicht als posthumus das väterliche Testament rumpiren. Hieraus ersehen wir allerdings, daß in dem den Kaisern vorliegenden Fall der abortus nicht rechtsfähig war, nicht aber, daß die Kaiser den Grund ihrer Entscheidung in den Umstand setzten, daß das Kind vor dem hundert zwei und achtzigsten Tage zur Welt gekommen. Vielmehr ist aus dem Zusammenhang der Stelle klar, daß hier eine Frühgeburt, welche nicht lebendig zur Welt gekommen, vorausgesetzt ist. Dies beweisen die Worte „quamvis natus illico decesserit" d. h. wenn das Kind auch nur einen Augenblick gelebt hat, so ist das väterliche Testament doch schon rumpirt. Der Gegensatz, welcher im Anfang der Stelle ausgedrückt seyn soll, ist nun „wenn das Kind (und zwar im vorliegenden Fall, weil es zu früh geboren) gar nicht gelebt hat, so bleibt das Testament in Kraft". Abortum facere bezeichnet überall nur „ein unreifes Kind zur Welt bringen", ohne daß es dafür einen gesetzlich bestimmten Termin giebt. (L. 1 § 27 D. de ventre in poss. mitt. L. 3 § 16 D. de statu lib.). Ein vor dem hundert zwei und achtzigsten Tage geborenes Kind kann nun zwar ein abortus genannt werden, aber daß dasselbe, wenn es desungeachtet lebendig geboren ist, einem völlig reifen Kinde in Ansehung der Rechtsfähigkeit nicht gleich stehen solle, sagt kein Gesetz.

nur, daß er völlig zur Welt gekommen ist, und irgend ein deutliches Lebenszeichen von sich gegeben hat.*)

3) Daß er die wesentlichen Merkmale der physischen menschlichen Natur in sich vereinigt.**) Eine bloße Mißgestaltung d. h. Abweichung von der gewöhnlichen menschlichen Körperbildung schadet der Rechtsfähigkeit nicht.

Die Rechtsfähigkeit erlischt mit dem natürlichen Tode des Subjects, und im heutigen Recht ist dies der einzige Grund völliger Vernichtung der juristischen Persönlichkeit (vgl. S. 96). Der Tod eines Menschen muß regelmäßig von dem, welcher Rechte darauf gründet, erwiesen werden.***) Die geschriebenen Quellen des gemeinen Rechts gestatten von dieser Regel keine

---

*) L. 12 § 1 D. de liber. et posthum. — quid tamen, si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen? L. 129 D. de verb. signif. qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur. — L. 3 C. de posthum. hered. — si vivus ad orbem totus processit —. Den Streit der römischen Juristen darüber, ob das Kind durch Schreien sein Leben zu erkennen gegeben haben müsse, entscheidet Justinian in dieser Stelle dahin, daß jedes Zeichen wirklichen Lebens hinreiche (— si vivus natus esset, etsi vocem non emisit —).

**) L. 3 C. l. l. — ad nullum declinans monstrum vel prodigium. — L. 14 D. de stat. hom. „Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur: velut si mulier monstrosum aliquid aut prodigiosum enixa sit. Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus, et ideo inter liberos connumerabitur“. Der Ausdruck „ostentum“ bezeichnet sowohl den eigentlichen monströsen partus, als auch die bloße Mißbildung: L. 38 D. de verb. signif. — duo genera sunt ostentorum: unum, quotiens quid contra naturam nascitur — alterum, cum quid prodigiosum videtur —. Die Gesetze sprechen sich über den Begriff des monstrum nicht näher aus, und sagen nicht, daß der Mangel des Kopfes das einzige Merkmal desselben seyn solle. Die L. 44 D. de religios. sagt nur, daß der Kopf der wesentlichste Theil des menschlichen Körpers sey. — Uebrigens widerspricht L. 135 D. de verb. signif. der obigen Rechtsregel nicht. Der Jurist beantwortet nur die Frage, ob durch die Geburt eines monströsen Kindes auch den Bestimmungen der lex Julia, welche an die Kinderlosigkeit gewisse Nachtheile knüpfte, genügt werde, bejahend.

***) Nov. 117 c. 11. bestätigt diese Regel für einen besonderen Fall.

Ausnahme.*) Eine gemeine Praxis**) hat aber den Satz eingeführt, daß ein Verschollener (d. i. der, welcher so lange von seinem Wohnort, ohne Nachricht von seinem Leben und Aufenthalt zu geben, abwesend gewesen, daß eine Ungewißheit über Leben oder Tod desselben entstanden ist), wenn von seiner Geburtsstunde siebenzig Jahre verflossen, juristisch als gestorben gelten solle. Nach vergeblich erfolgter Edictalcitation kann dann gerichtlich eine Todeserklärung ausgesprochen werden.***) Auch der Zeitpunct des Todes eines Menschen,

---

*) Die im römischen Recht vorkommende Aeußerung, daß hundert Jahre das höchste Lebensalter eines Menschen ausmachen, ist nur eine gelegentliche Anführung, welche nicht zur Absicht hat, eine juristische Präsumtion zu begründen: L. 56 in f. D. de usufr. L. 8 in f. D. de usu et usufr. p. l. d. L. 23 pr. § 1 C. de sacros. eccles.

**) Ueber diesen Gerichtsgebrauch vergl. Glück Erläuterung d. P. Thl. 7 S. 494. Thl. 3 S. 358. Thl. 33 S. 260. 265.

***) Alle Rechtswirkungen treten nun so ein, als wäre er wirklich gestorben, z. B. die Erbfolge. In der Doctrin wird gestritten: 1) Ob ein solcher Erbanfall ex tunc (von dem Anfang der Abwesenheit, oder den letzten Nachrichten über das Leben des Verschollenen, oder der Edictalladung u. s. w.) oder ex nunc (d. h. von der Vollendung des siebenzigsten Lebensjahres oder der gerichtlichen Todeserklärung) zu rechnen sey? Die letztere Ansicht scheint heut zu Tage die herrschende zu seyn. 2) Ob die Vollendung des siebenzigsten Jahrs, oder die Todeserklärung als der Zeitpunct des juristisch zu präsumirenden Todes gelten solle? Die Streitenden treiben sich meistens in petitiones principii herum. Wenn z. B. gesagt wird: „da jene Präsumtion grade den Sinn hat, daß der Verschollene über jenen Termin hinaus nicht mehr gelebt hat, so spricht eine spätere Todeserklärung, die sich auf solche Präsumtion gründet, nur das aus, was schon früher vorhanden gewesen, und hat daher die Natur einer sententia declaratoria“ — so ist klar, daß diese Folgerungen nur begründet sind, wenn jener angebliche Sinn der Praxis wahr ist. Aber der Streitpunct ist eben, ob es nicht der Sinn der Praxis sey, daß der Verschollene noch bis zum gerichtlichen Ausspruch als lebend betrachtet werden solle. Es läßt sich nur sagen, daß, wenn über einen solchen Grundsatz ein ausgedehnter Streit unter Juristen, welche unmittelbar in der Praxis leben, geführt wird, dies ein hinreichender Beweis ist, daß es gegenwärtig über diesen Punct keinen gemeinen Gerichtsgebrauch giebt. Nur Particulargesetzgebung und Localpraxis können diesen Zweifel lösen. — Das hierher gehörige aus gemeinem Gerichtsgebrauch

dessen Tod übrigens ausgemacht ist, muß regelmäßig von dem erwiesen werden, welcher sich darauf beruft. Dieser Satz ist besonders wichtig für den Fall, in welchem es sich darum handelt, wer von mehreren Verstorbenen zuerst gestorben sey. Auch hier gilt die Regel, daß der rechtlich dabei Interessirte den Beweis zu führen hat, *) und, wenn der Beweis mißlingt, den Erwerb aller der Rechte nicht macht, welche von dem erwiesenen früheren Tod eines bestimmten Menschen abhängen.**) Jedoch machen die Gesetze hiervon eine bedeutende

---

hervorgegangene Institut der Cura über das Vermögen eines Verschollenen, und deren Unterschied von der römischen cura absentis wird im Vormundschaftsrecht erörtert.

*) L. 34 D. ad SCt. Trebell. — propinquum, si non ostenderit, quis novissimus obiisset, ad partem hereditatis non admitti —.

**) L. 16 § 1. L. 18 pr. D. de reb. dub. — in quibus casibus si pariter decesserint, nec appareat, quis ante spiritum emisit, non videtur alter alteri supervixisse. L. 34 D. ad SCt. Trebell. — Keine Ausnahme hiervon enthalten L. 32 § 14 D. de donat. inter v. et u. L. 8 D. de reb. dub. L. 26 D. de mort. c. donat. Der Jurist sagt, daß, wenn der Schenker und Beschenkte (nämlich im Fall einer donatio inter v. et u., oder einer mortis causa donatio) zusammen sterben, ohne daß gewiß ist, welcher zuerst gestorben, nach dem Gesetz, welches die Ungültigkeit der Schenkung verfügt, wenn der Beschenkte früher sterbe, die Schenkung hier gültig sey. Er argumentirt nach den Worten des Gesetzes richtig, denn darnach muß gegen den Erben des Beschenkten der Beweis des Ueberlebens des Schenkers geführt werden, weil Jener sich einfach darauf berufen kann, daß die Voraussetzung des Gesetzes „si prior vita decesserit, qui donatum accepit" nicht eingetreten sey. — Auch L. 9 pr. D. de reb. dub. enthält keine Ausnahme. Wenn nach den Worten einer testamentarischen Verfügung Jemand dem zuletzt Versterbenden unter zwei unmündigen Brüdern substituirt seyn soll, so ist der Sinn davon offenbar, daß er, auch wenn sie zufällig zusammen sterben, Beider Nachlaß erwerben soll. Denn wäre Einer von ihnen wirklich später gestorben, so hätte er seinen vorverstorbenen Bruder beerbt, und so diese Erbschaft mit seiner eignen an den Substituten gebracht. Dieser braucht hier nicht das Ueberleben des Bruders zu beweisen, weil der eigentliche Wille des Testator ihm ja wirklich jedenfalls beide Erbschaften zugedacht hat. — Auch L. 9 § 3 D. eod. entscheidet auf ähnliche Weise. Wenn der Besteller der dos sich ihren Rückfall nur für den Fall bedingt, wenn die Frau in der Ehe sterben sollte, so will er offenbar, daß die dos zu ihrem Besten nach Auflösung der Ehe dienen soll, und will nur hiedurch

Ausnahme, indem sie unter gewissen Voraussetzungen eine juristische Präsumtion für die Priorität des Todes Eines mehrerer Commorienten aufstellen, so daß, um die darauf gegründeten Rechtsansprüche zu entkräften, immer vom Gegner der Beweis des erfolgten späteren Todes jenes Menschen geliefert werden muß. *) Nach dem buchstäblichen Inhalt der Gesetze ist diese Präsumtion nur dann begründet,

1) wenn Eltern und Kinder zusammen sterben. Wenn das Kind schon mündig ist, so soll immer der frühere Tod des Ascendenten **) angenommen werden; dagegen soll das unmündige Kind immer als früher verstorben gelten. ***)

---

sein Rückforderungsrecht beschränkt wissen. Stirbt sie nun zugleich mit ihrem Ehemann, ohne daß eine Gewißheit über die Priorität des Todes vorhanden ist, so kann der Sinn des Vertrages jedenfalls zu ihren Gunsten nicht mehr erfüllt werden. Darum hat der Stipulator das Rückforderungsrecht, und es muß gegen ihn der spätere Tod der Frau bewiesen werden. — Uebrigens können als Beweismittel für die Priorität des Todes eines Menschen ärztliche Gutachten nicht absolut ausgeschlossen werden. Nur dürfen diese nicht auf bloß abstracte Raisonnements und allgemeine Wahrscheinlichkeitsgründe gebaut seyn, sondern müssen sich auf wirkliche Kenntniß der Körperbeschaffenheit der Verstorbenen und concrete Kunde des den Tod veranlassenden Ereignisses gründen. Sonst könnte allerdings großer Mißbrauch mit solchen Gutachten getrieben, und die Zahl der gesetzlich gestatteten Präsumtionen für die Todespriorität willkührlich vermehrt werden. Ueberhaupt wird der Beweis durch ärztliche Gutachten hier nur selten vollständig gelingen, theils weil die Todesart der Verstorbenen häufig unbekannt seyn wird, theils weil ihre Körper nicht mehr vorhanden, oder doch in einem der Untersuchung nicht mehr günstigen Zustande sich befinden werden.

*) L. 9 § 4 D. de reb. dub. — nisi contrarium approbetur —.

**) L. 9 § 4. L. 16 pr L. 22 D. de reb. dub. In L. 9 § 1 D. eod. ist unter filius der zugleich mit dem Vater im Heer dienende Soldat, folglich ein pubes filius zu verstehen. L. 9 § 2 D. de reb. dub. enthält eine Ausnahme.

***) L. 9 § 4. L. 23 D. de reb. dub. L. 26 pr. D. de pact. dotal. — L. 17 § 7 D. ad SCt. Trebell.: Der Sinn einer letztwilligen Verfügung, welche dem A. ein Fideicommiß giebt, wenn B. kinderlos sterben werde, ist erfüllt, wenn B. mit seinem Sohn zusammen umkommt, ohne daß man über die Priorität ihres Todes unterrichtet ist. Der Testa-

2) wenn diese Personen in einer, und zwar gemeinsamen, Gefahr (naufragium, incendium, ruina u. s. w.) umgekommen sind. *)

Es ist nun die Frage:

1) Ob die Präsumtion auch auf den Fall eines natürlichen Todes bezogen werden soll. Dies ist nach dem Geist der Gesetze zu bejahen, aus welchen unverkennbar hervorgeht, daß die wesentliche Voraussetzung der Präsumtion bloß die Ungewißheit über den Zeitpunct des Todes der Commorienten seyn soll, und daß die Beispiele gemeinsamer Gefahr nur darum gewählt sind, weil da am häufigsten die gesetzliche Voraussetzung zutrifft, daß man den Tod zweier Menschen bestimmt weiß, und dennoch über die Zeit ihres Todes in Unkunde ist. Begreiflich ist daher, daß die römischen Juristen zunächst immer solche Fälle vor Augen hatten; aber der ihnen zunächst vorschwebende factische Inhalt ist darum nicht der ausschließlich gemeinte. **)

---

tor will seine Disposition gelten lassen, wenn nicht als bewiesen vorliegt, daß der Sohn den Vater überlebt hat. Auf die gewöhnlichen Präsumtionen ist in dieser Stelle gar keine Rücksicht genommen, und die Unterscheidung, als für die Interpretation gleichgültig, ganz bei Seite gesetzt, ob der Sohn mündig oder unmündig gewesen. L. 31 § 1 D. de captiv. entscheidet ganz der Regel gemäß. Die Wirksamkeit einer Pupillarsubstitution hängt davon ab, daß der Vater vor dem unmündigen Kinde stirbt. Sterben nun Beide in feindlicher Gefangenschaft, so muß, weil nach der lex Cornelia Beide als im Moment der Gefangennehmung gestorben gelten, angenommen werden, daß das unmündige Kind vor dem Vater gestorben sey. Die Substitution ist also nur dann wirksam, wenn der Unmündige zurückkehrt und in der Impubertät stirbt.

*) L. 9 § 1. 4. L. 16 pr. L. 22. L. 23. D. de reb. dub. L. 26 D. de pact. dotal.

**) L. 11 § 1 D. de bonor. poss. sec. tab. nennt als factische Voraussetzung ihrer Bestimmung bloß „duobus peregre defunctis", ohne einer gemeinsamen Gefahr zu erwähnen. Die Stelle kann zwar unsere Ansicht nicht direct beweisen, weil da von der hier in Frage stehenden Präsumtion gar nicht gehandelt, sondern das Eintreten der regelmäßigen Rechtswirkung verfügt wird. Allein begreiflich gehört die factische Voraussetzung einer Regel und des davon zugelas-

2) Ob die gesetzliche Präsumtion auch auf andere Commorienten, als De- und Ascendenten, insbesondre ob sie auf das Verhältniß von Mündigen und Unmündigen, oder gar von älteren und jüngeren Personen überhaupt zu beziehen sey? Für eine solche Extension kann man nun anführen, daß die Verhältnisse, für deren Regulirung jene Gesetzesbestimmung besonders einflußreich ist, Erbschaftsfälle sind, deren Entscheidung so häufig grade von der Priorität des Todes von Eltern und Kindern abhängt, woraus sich erklärt, warum der Gesetzgeber auf sie vorzugsweise seine Bestimmung bezogen haben kann, ohne doch dieselbe ausschließlich dafür gelten lassen zu wollen. Allein giebt man einmal nach dieser Seite hin eine Extension der Präsumtion zu, so ist wiederum kein Grund einer Beschränkung derselben einzusehen, und namentlich nicht, warum nicht eben so gut die für das Ueberleben von mündigen Descendenten geltende Präsumtion auf alle Mündigen in Verhältniß zu älteren mündigen Personen *) bezogen werden sollte, als die für das frühere Versterben von unmündigen *Descendenten* sprechende auf *alle* Unmündigen. **) Aber

---

senen Ausnahmsrechts zu der nämlichen *Art* von Fällen. Hier macht nun die Präsumtion das Ausnahmsrecht aus, und in jener Stelle wird die gewöhnliche Regel behandelt. Wenn nun die Worte der Stelle auch den *bloß natürlichen* Tod mitumfassen, so kann das wenigstens indirect die Ansicht bestätigen, daß auch für das Eintreten unserer Präsumtion nichts Anderes verlangt wird.

*) L. 15 pr. D. de inoffic. testam. sagt: „Wenn auch die Eltern wünschen müßten, von ihren Kindern überlebt zu werden, so gebühre ihnen doch, wenn einmal gegen die natürliche Sterblichkeitsordnung das Kind früher sterbe, ein Erbrecht an ihrem Nachlaß.“ Es wird hier bloß von einer factischen erfahrungsmäßigen Regel der Sterblichkeit gesprochen. Die Stelle kann nicht gebraucht werden, um daraus eine juristische Präsumtion für die Priorität des Todes unter Eltern und Kindern, oder Aelteren und Jüngeren überhaupt abzuleiten.

**) Wenn man für die Ausdehnung auf alle Unmündigen angeführt hat, der eigentliche Grund der Präsumtion sey der Erfahrungssatz, daß in den Jahren der (ersten) Impubertät die größte Sterblichkeit herrscht, was denn nicht bloß für unmündige Descendenten, sondern für alle Unmündigen gelte, so ist dagegen zu erinnern:

1) Jener Satz begründet nur den Schluß, daß unter den in einem Umkreis Sterbenden die größere Zahl in der Regel aus Un-

es ist einleuchtend, daß man durch eine solche Ausdehnung dahin kommen würde, die gesetzliche Regel des Rechts, wornach der frühere Tod eines Menschen von dem dabei juristisch Interessirten erwiesen werden muß, gänzlich zu vernichten.

Im heutigen Staat hat zwar jeder lebende Mensch Rechtsfähigkeit, und kann diese rechtliche Persönlichkeit nie ganz verlieren; aber

1) nicht jeder Mensch ist dem andern gleich in Betreff des Umfangs der Rechtsfähigkeit, und

2) kann dieser Umfang der Rechtsfähigkeit, welche ein Subject nach der Regel des Rechts hat, in verschiedener Weise gesetzlich gemindert werden.

---

mündigen bestehen werde, nicht aber, daß, wenn, wie hier vorauszusetzen, der Tod eines Mündigen gewiß ist, der Unmündige früher gestorben sey. — Beschäftigt man sich einmal damit, dergleichen Gesetzesmotive auf eigne Hand auszudenken, so kann man eben so gut sagen, der Grund der gesetzlichen Beschränkung auf das Verhältniß von De= und Ascendenten sey, daß wegen des hier immer nothwendigen bedeutenden Altersunterschiedes der Ascendent gewöhnlich der lebenskräftigere ist, und daß das Gesetz auf diese factische Wahrscheinlichkeit des Ueberlebens des Ascendenten seine rechtliche Bestimmung gebaut hat.

2) Ganz besonders ist zu bedenken, daß man bloß auf solche selbsterdachte Gründe, welche nur die Natur factischer Gesetzesmotive haben, und keine Rechtsgründe sind, keine einflußreiche juristische Schlüsse bauen darf. — Die Litteratur dieser Lehre bietet einen auffallenden Beleg zu dem in der Interpretationslehre gerügten Mißbrauch der ratio legis. Man findet z. B. den Grund der Präsumtion für das frühere Versterben von Unmündigen oder älteren Mündigen in der vermuthlichen größeren körperlichen Schwäche solcher Personen, und behandelt dann dieses angebliche Gesetzesmotiv ohne Weiteres als ratio juris. Man schließt nämlich, daß, wie das Gesetz seine Präsumtion aus jenem Grunde abgeleitet habe, so auch umgekehrt überall, wo im einzelnen Fall jene ratio nicht zutreffe, die Gesetzesbestimmung cessiren müsse, daß z. B. wo wegen Geschlechts oder aus andern Gründen bei einer mündigen jüngeren Person eine größere Schwäche des Körpers anzunehmen sey, da auch die Präsumtion für das frühere Versterben der älteren Mündigen wegfallen müsse. Auf diese Art gelangt man zu einer Menge von Ausnahmen, welche jeder Richter nach Belieben noch vermehren kann.

Der ungekränkte und unverminderte Besitz der Persönlichkeit ist Ehre (existimatio). Sie ist der Besitz der Anerkennung solcher Eigenschaften, welche nach allgemeiner Vorstellung die Voraussetzung des gemeinen oder besondern Standes eines Menschen ausmachen. Sie ist endlich, insofern das Gesetz an solche Zustände die Fähigkeit zu gewissen Rechten knüpft, der unverminderte Besitz dieser bürgerlichen Würdigkeit und Rechtsfähigkeit (illaesae dignitatis status). Dieses subjective Gut der Ehre kann unrechtlich verletzt, und rechtlich vermindert werden. Die Ehre ist verletzt, wenn durch eine absichtliche Handlung (Thätlichkeit, Urtheil, Verläumdung) das angegriffen und negirt wird, was nach allgemeiner Vorstellung ihre Voraussetzung ausmacht (Ehrenkränkung, injuria). Die Ehre ist hier ein Recht dinglicher Natur, welchem die negative Verbindlichkeit Aller gegenübersteht, es nicht zu verletzen. Die Ehre wird geschmälert, insofern der Staat einem Menschen ihre positive gesetzliche Wirkung, nämlich die Fähigkeit zu bestimmten Rechten entzieht. Der concrete Inhalt des Begriffs von Ehre ist verschieden unter verschiedenen Völkern, er wechselt in den verschiedenen Perioden der geschichtlichen Entwicklung eines und desselben Volks, und ist selbst für gleichzeitige Zustände und Verhältnisse in dem nämlichen Staat nicht übereinstimmend. Es kommt darauf an, welche Eigenschaften die Ansicht eines Volks zu einem bestimmten Stand im Staate fordert, und zu welchen Rechten die Gesetzgebung eines Volks einen Stand befähigt. Hieraus erhellt, daß es im Gegensatz der gemeinen Ehre, welche der Regel nach Allen zukommt, nicht bloß eine ausgezeichnete Ehre giebt. Im älteren römischen Staat machte die civitas den Grund der existimatio aus. Jeder, welcher civis war, hatte sie, und mit Verlust der Freiheit oder der Civität (durch capitis diminutio magna) war auch die Ehre vernichtet (consumtio existimationis). Im spätern Rom hatte jeder Freie die gemeine Ehre, und nur der Sclave war gänzlich ehrlos. Darum konnten damals nur solche Thatsachen, welche gesetzlich den Verlust der Freiheit bewirkten, die Ehre ganz aufheben.*) Im heutigen Staat

*) Hierauf bezieht sich die Definition der L. 5 § 2. 3. D. de extraord. cognit. — minuitur existimatio, quotiens manente liber-

endlich, wo jeder Mensch im Besitz der Freiheit ist, hat auch Jeder durch die bloße menschliche Qualität gemeine Ehre, und es giebt gemeinrechtlich gar keine völlige Consumtion derselben mehr. (vergl. S. 85.) Unsere Gesetzgebung kennt nur solche Rechtsgründe, welche die Ehre eines Staatsbürgers vermindern (minutiones existimationis). Jedoch sind weder alle Ehrenschmälerungen, welche das römische Recht nennt, jetzt noch practisch, *) noch auch gehören alle die, welche das heutige Recht noch kennt, dem Civilrecht an. Hier wird nur die Art der Ehrenschmälerung behandelt, welche neben manchen publicistischen auch privatrechtliche Wirkungen hat. Dies ist die jetzt s. g. Ehrlosigkeit (infamia, ignominia). Die Infamie besteht in der Entziehung der Fähigkeit zu gewissen öffentlichen und privaten Rechten, und ist die gesetzliche Folge entweder eines über eine Handlung erfolgten Richterspruchs, oder unmittelbar einer der bestimmten gesetzlichen Voraussetzung entsprechenden Thatsache, oder der Execution einer gewissen Strafe, oder endlich eines ausdrücklich auf Ehrlosigkeit lautenden Urtheils. Die nähere Auseinandersetzung dieses Begriffs beschäftigt sich mit den Entstehungsgründen, den Wirkungen und der Dauer der Infamie:

1) Die Gesetze nennen die Infamie die stillschweigende Folge eines über gewisse Handlungen erfolgten rechtskräftigen richterlichen Urtheils. Nicht die bloße Handlung, sondern die Verurtheilung wegen derselben bildet hier die wesentliche Voraussetzung der Infamie. **) Auch braucht die richterliche Sentenz dieselbe nicht ausdrücklich als gesetzliche Strafe auszusprechen, sondern sie ist die selbstverständige ***) Folge gewisser

---

tate circa statum dignitatis poena splectimur — consumitur vero, quotiens magna capitis minutio intervenit, id est, cum libertas adimitur —.

*) Vgl. die Beispiele der minutio existimationis in L. 5 § 2 D. 1. 1.

**) L. 7 D. de judic. public. — infamem — sententia facit —.

***) L. 5 C. ex quib. caus. infam. — verum si „injuriam te fecisse“ Proconsul pronuntiaverit, ignominia notatus es. L. 12 C. eod. — si te expilasse hereditatem, sententia Praesidis constiterit — L. 1 § 4 D. ad SCt. Turpill. — sin autem pronuntiaverit „calumniatus

Criminal= und Civilurtheile. Die speciellen Erfordernisse dieser s. g. infamia mediata sind:

a) Es muß eine richterliche Sentenz erfolgt seyn. Darum fällt die Infamie in den Contractsfällen, wo die Verurtheilung sonst immer infamirt, dann hinweg, wenn der Beklagte vor der Sentenz freiwillig leistet. Denn nach neuestem Recht erfolgt dann immer eine Absolution.*) Bei Delicten findet das nicht Statt, weil eine freiwillige Restitution des Objects das Delict nicht ungeschehen macht.**) Vielmehr soll sogar bei den infamirenden Privatdelicten und der actio doli die Abfindung des Klägers mit Geld oder Geldeswerth der wirklichen Verurtheilung gleich stehen.***)

b) Die gesetzlich infamirende Handlung muß direct den Gegenstand des richterlichen Urtheils ausmachen.†) Auch braucht das Urtheil auf keine andere Strafe ausdrücklich zu lauten, sondern jene Handlung kann den einzigen Inhalt desselben ausmachen.††)

c) Das Urtheil darf gegen den Beklagten nicht als bloßen Procurator, Defensor, Vormund oder Erben gehen.†††)

d) Die Sentenz muß rechtskräftig seyn. Wenn auf die er=

---

es" condemnavit eum. Et quamvis nihil de poena subjecerit, tamen legis potestas adversus eum exercebitur —.

*) § 2 J. de perpet. et temp. act.

**) L. 5 D. vi bonor. rapt. — non prodest ei, qui rapuit ad evitandam poenam, si ante judicium restituit rem, quam rapuit. L. 65 D. de furt.

***) §. 2 I. de poen. tem. litig. — sed furti quidem aut vi bonorum raptorum, aut injuriarum, aut de dolo, non solum damnati notantur ignominia, sed et pacti —. L. 4 § 5. L. 5 D. de his, qui not. infam.

†) L. 13 § 6 D. de his, qui not. inf.

††) L. 12 C. ex quib. caus. inf. — non ex eo, quod non et alia poena tibi irrogata est, furti improbioris infamiam evitasti.

†††) L. 6 § 2 D. de his, qui not. inf.

griffene Appellation ein confirmirendes Urtheil erfolgt, so beginnt erst von da an die Infamie. *)

e) Das Urtheil muß von einem wirklichen und zwar competenten Richter ausgehen, keinem bloßen Schiedsrichter.**)

Die mittelbare Infamie kann nun die stillschweigende Folge seyn:

a) eines Criminalurtheils. Nach römischem Recht werden alle judicio publico damnati infamirt. Das neuere römische Recht versteht darunter alle die, welche wegen eines mit einer poena legitima d. h. einer durch ein altes Comitialgesetz ausgesprochenen Strafe belegten Verbrechens verurtheilt worden sind.***) Heutzutage kann dies nur auf solche Verbrechen angewandt werden, deren Strafe noch jetzt die in einem römischen Comitialgesetz sanctionirte geblieben ist. Unter den crimina extraordinaria d. h. solchen, deren Strafe nicht durch eine lex judicii publici bestimmt ist, infamiren nur diejenigen, welche auch als bloße Privatdelicte Infamie zur Folge haben. †) Dahin gehört das crimen stellionatus. ††) Der dolus

---

*) L. 6 § 1 D. l. l.

**) L. 13 § 5 D. l. l.

***) L. 1 D. de public. judic. — non omnia judicia, in quibus crimen vertitur, et publica sunt, sed ea tantum, quae ex legibus judiciorum publicorum veniunt. Im neuern Recht kommt es für diesen Begriff nur darauf an, ob die Strafe aus einem Comitialgesetz geflossen ist. Der früher gesetzliche ordo judiciorum publicorum d. h. das zwischen jus und judicium getheilte Verfahren war schon vor Constantin verschwunden. L. 8 D. eod.

†) L. 7 D. de public. judic. — itaque ex eo crimine, quod judici publici non fuit, damnatum infamia non sequitur, nisi id crimen ex ea actione fuit, quae etiam in privato judicio infamiam condemnato importat.

††) Den Widerspruch der L. 13 § 8 D. de h. q. n. i. mit L. 2 D. stellionatus hat man richtig dadurch gelöst, daß man in der letzten Stelle den Worten „famosum judicium“ die Bedeutung von judicium publicum d. h. einem judicium, welches der Regel nach infamirt, beilegt. Der Sinn ist dann, übereinstimmend mit der ersten Stelle, daß

soll nämlich, criminell (d. h. als Stellionat) behandelt, dieselbe Wirkung haben, welche er in seiner privatrechtlichen Wirksamkeit durch die actio doli erzeugt, nämlich Infamie.*) Die beiden crimina,**) welche, regelmäßig extra ordinem behandelt, doch in einigen Fällen in judicio publico bestraft wurden, nämlich die praevaricatio eines accusator und die calumnia, welche sich auf ein crimen judicii publici bezog, sind jetzt unpractisch, weil sie mit dem jetzt nicht mehr gebräuchlichen Accusationsverfahren zusammenhängen.

b) Sie kann die Folge eines Civilurtheils seyn. Infam wird nämlich der, welcher die actio pro socio, oder die actio directa aus dem Mandat, der Tutel oder dem Depositum, ohne freiwillig zu erfüllen, gegen sich durchführen läßt;***) so auch der wegen dolus †) durch ge-

---

der Stellionat zwar nicht zu den regelmäßig infamirenden Delicten gehört, weil er extra ordinem bestraft wird, daß er aber dennoch infamirt.

*) L. 3 § 1 D. stellionatus. § 2 I. de poen. tem. litig. — Aus demselben Grunde infamirte im römischen Recht das extraordinaire crimen expilatae hereditatis und crimen sepulchri violati, jenes als eine Art von furtum, dieses, weil auch schon die private actio sepulchri violati infamirte. L. 12 C. ex quib. caus. inf. L. 1 D. de sepul. viol.

**) L. 3 pr. § 1. 2. D. de praevaricat. Ueber den, qui in judicio publico calumniae causa quid fecisse judicatur, vgl. L. 1 D. de his, qui n. inf. L. 1 § 2. 3. L. 3 D, ad Sct. Turpill.

***) Die in der Praxis herrschende Ansicht verlangt dolus des Condemnirten, und ausdrückliche Erwähnung der begangenen Treulosigkeit im Urtheil. (Vgl. Glück's Erläuterung d. P. Bd. 5. S. 195.) Das römische Recht enthält diese Beschränkung nicht. Die Hauptstelle pr. § 2 I. de poen. tem. litig. giebt deutlich zu erkennen, daß die perfidia, welche als Grund dieser Infamie genannt wird, darin besteht, daß der Beklagte in jenen Verhältnissen, wo besondere Treue von ihm erwartet wird, den durch seine Schuld (dolus oder culpa) veranlaßten Schaden nicht freiwillig ersetzt, sondern sich zum Ersatz verurtheilen läßt (temere litigirt). Hierfür sprechen auch L. 21 C. mand. L. 42 D. de verb. signif. Cic. pro Rosc. Amer. c. 38. 39. — In einem speciellen Fall wird auch der contraria mandati actio, wo sie grade eine besondere perfidia des Mandanten verfolgt, jene Wirkung beigelegt: L. 6 § 5 D. de his qui n. i.

†) Eine Remotion des Tutor kann erfolgen auch wegen bloßer lata

richtliches Urtheil removirte Tutor, und Jeder, welcher wegen furtum, rapina, injuria und (durch die actio doli verfolgter) fraus condemnirt wird. *) Zwar werden Diebstahl und Raub jetzt nicht mehr als Privatdelicte behandelt; aber nach der Analogie des römischen Rechts, welches auch den ausnahmsweise criminell behandelten Arten des furtum jene Wirkung beilegte, muß das auch jetzt noch für diese Verbrechen gelten. Die Infamie des verurtheilten Injurianten wird in den Reichsgesetzen bestätigt. **)

2) Wenn das Gesetz unmittelbar an die Existenz gewisser Thatsachen die Infamie als Folge knüpft, so daß für das Eintreten dieser ein richterliches Urtheil über das Daseyn jener juristisch unwesentlich ist, so ist das eine **infamia immediata.** Weil hier die im Gesetz bezeichnete Handlung der Grund der Infamie ist, so äußert sie rechtlich ihre Wirkungen von dem Augenblick der geschehenen That an. Die rechtliche Ungewißheit über das Daseyn dieses Grundes kann die wirkliche Geltendmachung der Wirkungen verzögern, aber juristisch datirt sich der Effect nicht von dem Moment der gerichtlich hervorgebrachten Gewißheit, sondern von der Existenz der infamirenden Handlung. ***) Uebrigens sind von den zahlreichen

---

culpa (L. 7 § 1 D. de suspect. tutor.), aber diese reicht nicht hin, um ihn zu infamiren (L. 3 § 18 D. eod. § 6 I. eod.).

*) L. 1 D. de h. q. n. i. L. 1 § 4 D. de dol. mal.

**) R. S. v. 1668 und 1731. — Die Praxis schränkt dies freilich auf die gröbsten Injurien ein, wegen welcher den Injurianten eine peinliche Strafe trifft.

***) Der Unterschied zwischen unmittelbarer und mittelbarer Infamie wird besonders deutlich hervorgehoben in: L. 43 § 12 D. de rit. nupt. — si deprehensa (mulier in adulterio) quidem sit, damnata autem non sit, notata erit. Ego puto, etsi absoluta sit post deprehensionem, adhuc tamen notam illi obesse debere, quia verum est, eam in adulterio deprehensam, quia factum Lex, non sententiam notaverit. Wird nur der Ehebruch gerichtlich erwiesen, so ist es für die infamirende Wirkung gleichgültig, ob die Frau dennoch aus irgend einem Grunde absolvirt wird. Denn das Factum wird dadurch nicht getilgt. L. 4 § 4 D. de h. q. n. i — calumniator ita

Fällen der unmittelbaren Infamie, welche durch prätorisches Edict und späteres Civilrecht eingeführt wurden, nur wenige heutiges Tages in Anwendung. Viele dieser römischen Bestimmungen sind durch Wegfallen ihrer factischen Voraussetzungen unanwendbar geworden, andere durch ausdrückliches Gesetz abgeschafft, noch andere durch entschiedenen gemeinen Gerichtsgebrauch unpractisch geworden. *) Darum sind hier nur die

---

demum notatur, si fuerit calumniae causa damnatus: neque enim sufficit, calumniatum —. Man hat geläugnet, daß es im römischen Recht eine infamia immediata gebe, weil doch die infamirende Handlung stets gerichtlich erwiesen seyn müsse. Aber mit dem Satz, daß Niemand sich die Wirkungen der Infamie gefallen zu lassen braucht, wenn nicht ein Richterspruch das Daseyn ihrer gesetzlichen Voraussetzung bewahrheitet hat, reicht man für diese Behauptung nicht aus. Denn des richterlichen Urtheils bedarf es hier nicht, um erst Infamie hervorzubringen, sondern um zu beweisen, daß der, welcher eine bestimmte Handlung vorgenommen, dadurch nach dem Gesetz infam geworden sey. Die Untersuchung über diese Art der Infamie kann in der Regel nur vorkommen als Präjudicialpunkt, wenn ein angeblich Ehrloser gewisse Rechte geltend macht oder solche gegen ihn geltend gemacht werden, deren Entscheidung von der Vorfrage über die Existenz der Ehrlosigkeit abhängt (z. B. wenn übergangene Geschwister des Erblassers gegen ihn als instituirten Erben auftreten, oder wenn er als gerichtlicher Zeuge producirt ist). Auch sind manche hierher gehörige Fälle von der Art, daß der gerichtliche Beweis der infamirenden Thatsache sehr leicht zu führen ist, z. B. das öffentliche Auftreten der Histrionen, die Anmeldung derer, welche sich vom Aedilen zum Kupplerhandwerk privilegiren ließen. Uebrigens ist zuzugeben, daß die jetzt gebräuchliche Terminologie einer immediata und mediata infamia nicht ganz der Sache angemessen ist. Denn nach dem Gesetz ist die Infamie immer unmittelbare Wirkung, dort der Handlung, hier des Urtheils. Aber vergleicht man beide Arten mit einander, so läßt sich doch sagen, daß die Infamie, welche dort einfach aus der Handlung hervorgeht, hier zu ihrer Entstehung außer der Handlung auch noch der Vermittelung durch richterliches Urtheil bedarf.

*) Zu den Fällen der letzteren Art gehört:

a) Die Infamie des Richters, welcher dolos ein widerrechtliches Urtheil fällt (L. 2 C. de poen. jud. qui m. j. vgl. Glück a. a. O. S. 188.), und ohne Zweifel auch des Richters, welcher den Detentionsgefangenen grausam behandeln läßt, oder ihn zu lange dem Verhör entzieht (L. 1 C. de cust. reor.).

Fälle anzuführen, deren ratio noch besteht, und von denen nicht nachgewiesen ist, daß eine übereinstimmende Praxis sie außer Anwendung gebracht habe:

a) Der Vormund, welcher sich selbst oder seinen Sohn mit seiner Pflegbefohlenen vor abgelegter Rechnung und Ablauf der zur Restitution nöthigen Zeit verheirathet. *)

---

b) Dessen, welcher zugleich zwei Verlöbnisse oder Ehen eingeht (L. 1. L. 13 § 3 D. de his qui n. i. Glück S. 178.).

c) Dessen, welcher zu hohe oder Zinsen von Zinsen nimmt (L. 20 C. ex quib. c. inf. Glück S. 188.).

d) Der erwiesenen Ehebrecherin (L. 43 § 12 D. de rit. nupt. Glück S. 188.).

e) Der Notarien und Obrigkeiten, welche einen Contract, wodurch ein Jude seine Forderung an einen Christen einem andern Christen verkauft, ausfertigen (R. A. v. 1551 § 80. Glück S. 189.).

f) Der Söhne der perduelles nach L. 5 C. ad leg. Jul. maj. (vergl. Tittmann Hdbch. d. Str. II. § 285.).

g) Die Bestimmungen der L. 42 D. de injur. L. 6 § 1 C. de postul. werden jetzt wie die übrigen Injurien behandelt (vgl. S. 100.).

Unpractisch, weil die factischen Voraussetzungen der Gesetze sich heutzutage nicht mehr finden, sind die Fälle in L. 2 § 5 D. de his qui n. i. L. 8 C. de offic. rect. prov. L. 31. L. 33 C. de decurionib. L. 3 C. ut lit. pend. L. 2 C. de legib. L. un. C. de senatuscons. L. 1 C. de natural. lib. und einige andere. Die Infamie der das Trauerjahr durch Heirath verletzenden Wittwe, ihres paterfamilias und dessen, der sich mit ihr verheirathet (L. 8—13 D. de h. q. n. i. L. 15 C. ex quib. c. inf.), ist durch c. 4. 5. X. de secund. nupt. aufgehoben. Die Infamie der Wittwe, welche durch uneheliche Niederkunft das Trauerjahr verletzt (Nov. 39 c. 2 § 1), wird zwar im Kanonischen Recht nicht aufgehoben; aber schwerlich hat sich diese Bestimmung, sowie die Infamie der Wittwe, welche als Vormünderin ihrer Kinder vor Bestellung eines Vormunds und Rechnungsablage zur zweiten Ehe schreitet (Nov. 22. c. 40), irgendwo in der Praxis erhalten.

*) L. 66 pr. D. de rit. nupt. L. 7 C. de interdict. matrim. int. pupill. Daß dies durch allgemeinen Gerichtsgebrauch unpractisch geworden, ist unerwiesen. Wenn man dafür angeführt hat, daß der Grund der römischen Bestimmung jetzt cessire, weil die Vormünder jetzt einer strengeren Aufsicht unterworfen sind, insbesondere jährlich Rechnung ablegen müssen, so enthält diese Behauptung nur den schon gerügten Mißbrauch einer ratio legis.

b) Der Volljährige, welcher einen beschworenen frei eingegangenen Vertrag bricht. *)

c) Muthwillige Bankruttirer. **)

d) Oeffentliche Huren, und zur Betreibung von Bordellwirthschaft Privilegirte. ***)

Das practische Interesse dieser Lehre ist zwar, wie aus dieser Aufzählung erhellt, gering; jedoch ist es falsch, die gemeinrechtliche Gültigkeit der unmittelbaren Infamie ganz abzuläugnen. Es ist eine unerwiesene Behauptung, daß die Infamie heutiges Tages eine solche Strafe sey, welche immer ausdrücklich im richterlichen Erkenntniß ausgesprochen werden müsse. †)

3) Die Execution einer Strafe infamirte nach römischem Recht nie. ††) In Deutschland dagegen ist der Grundsatz an-

---

*) L. 41 C. de transact. Das Gesetz spricht nur von Vergleich und Nachlaßvertrag. Daß aber nicht die eigenthümliche Natur des Vergleichs Grund der Bestimmung ist, sieht man daraus, daß auch der Nachlaßvertrag genannt ist. Die wesentliche Voraussetzung ist bloß das Brechen der eidlichen Bekräftigung eines Vertrages.

**) R. P. O. v. 1577 Tit. 23 § 2. Hierdurch sind die römischen Bestimmungen, welche bloß den der cessio bonorum sich Bedienenden von Infamie befreiten, (L 8 C. qui bon. ced. poss. L. 11 C. ex quib. caus. inf.) modificirt.

***) L. 24 D. de his qui n. i. L. 1. L. 4 § 2 D. eod. Dieser Fall ist nicht zu verwechseln mit der Condemnation wegen lenocinium ex lege Julia de adulteriis.

†) Die P. G. O. art. 104 beweist nur, daß es Ehrenstrafen giebt, welche, als rein peinliche Strafen, durch den Richter ausdrücklich ausgesprochen seyn müssen, nicht aber, daß die Infamie dahin gehört. Vielmehr wird aus späteren Reichsgesetzen, welche mehrere Fälle einer unmittelbaren Infamie neu einführen (vgl. S. 102.), ganz klar, daß die gemeine Gesetzgebung Deutschlands jene stricte Nothwendigkeit eines ausdrücklichen Richterspruchs nicht anerkennt. Auch das römische Recht nennt die infamiae nota eine Strafe (L. 5 § 2 D. de extraord. cognit. zählt sie zu den poenae existimationis), und kennt doch eine unmittelbare Infamie.

††) L. 22 D. de his qui n. i. — ictus furtium infamiam non importat, sed causa, propter quam id pati meruit, si ea fuit, quae

erkannt, daß jede mit Ausstellung an den Pranger verknüpfte Strafe, insbesondere die Strafe des Staupbesens, von selbst Ehrlosigkeit zur Folge habe. Außerdem giebt es jetzt Strafen, welche durch die Form der Execution eine Ehrenschmälerung bezwecken. (Z. B. Anschlagen des Namens oder Bildnisses an den Galgen.)

4) In untergeordneter Weise wird endlich nach einigen Reichsgesetzen *) als Entstehungsgrund der Ehrlosigkeit ein ausdrücklich auf diese Strafe lautendes Richterurtheil anerkannt.

5) Infamie ist Schmälerung der Ehre, partielle Entziehung der gemeinen Rechtsfähigkeit. Ihre theils civilrechtlichen, theils publicistischen Wirkungen sind:

a) Unfähigkeit zum Erwerb von Staats- und Ehrenämtern, und Verlust der schon erworbenen. **)

b) Verlust des Rechts, für Andere vor Gericht aufzutreten (postulare). Das Edict unterschied unter den Infamen gewisse Personen als turpitudine notabiles, welche für Niemanden, von allen Uebrigen, welche doch für nahe Angehörige postuliren durften. ***) Das Kanonische Recht hat dies Verbot bestätigt. †) Hiermit hängt zusammen die Unfähigkeit, eine actio popularis zu gebrauchen. ††)

---

infamiam damnato irrogat. In caeteris quoque generibus poenarum eadem forma statuta est. — Der einzige Fall, welchen man als Ausnahme hiervon anführen kann, ist die missio ignominiosa eines Soldaten (L. 1 D. de h. q. n. i.).

*) Z. B. R. S. v. 4. Sept. 1731 § 3. — Particularrechtlich kommen manche Fälle der Art vor, z. B. infame Cassation von Beamten.

**) L. 2. L. 12 C. de dignitat.

***) L. 1 § 5. 7. 8. D. de postul. Der Streit, ob Justinian in § 11 I. de except. diese Bestimmungen des Edicts aufgehoben hat, ist jedenfalls unpractisch, weil das Kanonische Recht hier entscheidet.

†) C. 1. 2. qu. 7. C. III.

††) L. 4 D. de popular. action. — integrae personae permittitur, hoc est, cui per Edictum postulare licet. Wer eine actio popularis gebraucht, nimmt ein öffentliches Interesse wahr, und postulirt für das Volk (L. 1 D. eod.).

c) Ausschließung vom Gebrauch einer Criminalklage,*) was aber wenig practisch ist, weil die Accusationen regelmäßig nicht mehr vorkommen.

d) Der Ehrlose ist unfähig zum Beweis- und Solemnitätszeugniß. **)

e) Die Geschwister eines Erblassers haben die Inofficiositätsquerel gegen sein Testament, in welchem er einen Ehrlosen zum Erben instituirt hat. ***)

f) Ehrlose sind von Vormundschaften ausgeschlossen. †)

g) Ausschließung vom Notariatsamt. ††)

h) Nach gemeiner Praxis verliert der Ehrlose die Fähigkeit zur Theilnahme an Zünften und Innungen, und insbesondere der betrügliche Bankruttirer das Recht, auf der Börse zu erscheinen.

6) Die Infamie trifft nur den Ehrlosen selbst, nicht dessen Erben, hört aber auch regelmäßig nur mit dem Tode des Infamirten auf. Darum bleibt sie bestehen, wenn auch die übri-

---

*) L. 4 D. de accusat. nennt zwar nur einige Fälle der Infamie, aber aus L. 15 C. de his qui accus. n. p. ersieht man die Allgemeinheit des Verbots.

**) Nov. 90 pr. c. 1. C. 13. 54. X. de testib. — Die Präfatio der Novelle zeigt, daß der Kaiser auch über Testamentszeugen verfügen will. Im älteren römischen Recht war freilich nicht jeder Infame vom Testamentszeugniß ausgeschlossen (L. 20 § 5 D. qui testam. fac. poss.). Dagegen erklärte schon das ältere Recht jeden Infamen für unfähig zum Zeugniß bei manchen anderen Rechtsgeschäften, z. B. L. 7 D. de testam. quemadmod. aper. L. 11 C. qui potior. in pign. Nov. 1 c. 2 § 1.

***) L. 27 C. de inoffic. testam.

†) L. 17 § 1. 2. D. de testam. tut.

††) N. O. v. 1512. Einl. § 2. — Schließlich ist darauf aufmerksam zu machen, daß einerseits einzelne Rechtswirkungen hier übergangen sind, welche, indem sie gesetzlich an den Mangel eines völlig unbescholtenen Lebens einer Person geknüpft sind, häufig den eigentlich Infamen mitbetreffen, und daß es anderseits im römischen Recht einzelne Rechtsbestimmungen giebt, welche sich speciell auf die Infamie beziehen, aber wegen völlig veränderter Verhältnisse heutiges Tages unanwendbar sind.

gen an das infamirende Verbrechen geknüpften Strafen nur temporair sind, oder durch eine (nicht speciell auf die Infamie bezogene) Begnadigung des Regenten (generalis indulgentia) aufgehoben werden. *) Nur dann, wenn das Fortbestehen der Infamie einen Widerspruch mit dem directen Inhalt des richterlichen Straferkenntnisses hervorbringen würde, fällt sie von selbst weg. **) Außerdem kann sie nur durch einen speciellen Restitutionsact (famae restitutio) aufgehoben werden, und zwar

---

*) L. 3 C. de general. abolit. — indulgentia, quos liberat, notat, nec infamiam criminis tollit, sed poenae gratiam facit.

**) Wenn z. B. der Richter auf temporaire Remotion vom Amt oder auf Suspension von der Advokatur erkennt, und zwar wegen einer Handlung, welche gesetzlich eine infamirende Condemnation zur Folge hat, so hört mit jener Strafe auch die Infamie auf: L. 8 D. de postul. — ne scilicet poena tempore determinata contra sententiae fidem ulterius porrigatur. L. 3 § 1 D. de decurion. — neque enim exaggeranda fuit sententia, quae modum interdictioni fecerat. Das Nämliche gilt, wenn der Richter, statt auf die gesetzliche schwere Strafe, welche die zeitige Ausschließung vom Amt in sich schließt, zu erkennen, aus besonderen (gesetzlichen) Gründen bloß die letztere ausspricht (L. 3 C. ex quib. caus. infam.). Wenn aber die ordentliche gesetzliche Strafe eines schweren Verbrechens den directen Inhalt des richterlichen Urtheils ausmacht, und nur indirect von selbst die Entfernung vom Amt daraus folgt, so dauert auch nach abgelaufener Strafzeit die Infamie fort. Hier nämlich liegt in der Fortwirkung der Infamie kein Widerspruch gegen den eigentlichen Inhalt des Urtheils. So ist L. 5 D. de decurion. durch L. 3 C. l. l. zu erklären, und mit den übrigen Stellen zu vereinigen. — Ein anderer Fall, wo auch ohne Restitution die Infamie wegfallen soll, ist, wenn der Richter widerrechtlich eine Körper- oder Freiheitsstrafe zuerkannt und exequirt hat. Die Herstellung der Ehre gleicht die Gesetzwidrigkeit wieder aus, und es wird diese Wirkung juristisch auf die Fiction eines Vergleiches des Richters mit dem Sträfling zurückgeführt (L. 13 § 7 D. de his qui not. inf. L. 10 § 2 D. de poen.). Man darf aus dieser Bestimmung nur nicht schließen, daß der Richter das Recht habe, eine gesetzwidrig harte Strafe zu decretiren, und dafür die Infamie zu erlassen. Der Richter darf nie die gesetzliche Strafe der Infamie erlassen (L. 63 D. de furt.). Nur das wirkliche Erleiden der ungesetzlichen Strafe hat jene Wirkung. Wird vor der Execution die Gesetzwidrigkeit erwiesen, so wird das Urtheil bloß reformirt.

a) jede Art der Infamie durch eine vom Regenten ausgehende Begnadigung. Diese, als Verleihung eines speciellen Privilegium und insofern rein gesetzgeberischer Act, ist keinen juristischen Regeln unterworfen, und unabhängig von den für eine gewöhnliche in integrum restitutio geltenden Normen. Allerdings sind in den Gesetzen *) gewisse Fälle der Infamie so ausgezeichnet worden, daß eine Restitution selten oder nie gewährt werden soll, aber alle solche Bestimmungen über eine perpetua infamia sind nur leitende Regeln für die richterliche Interpretation,**) nicht aber Beschränkungen für den Regenten selbst.

b) Die mittelbare Infamie kann dadurch aufgehoben werden, daß der Richter gegen das infamirende Erkenntniß eine in integrum restitutio aus den gewöhnlichen dafür gültigen Gründen ertheilt.***)

Die bisher entwickelte Infamie ist ein juristischer Begriff, nicht, weil sie im Gesetz den Grund gewisser Rechtswirkungen ausmacht, sondern weil das Gesetz selbst ihre Merk-

---

*) L. 1 § 9 D. de postul. L. 33 C. de decurion.

**) Wenn Jemand eine Wirkung der Infamie gerichtlich gegen einen Andern geltend macht, und beweiset, daß derselbe wegen einer Handlung oder Verurtheilung gesetzlich eine perpetua infamia verwirkt habe, so muß der Richter, weil das Gesetz den präsumtiven Willen der lebenslänglichen Dauer einer solchen Infamie enthält, ein von dem Angeschuldigten producirtes Begnadigungsrescript so lange für erschlichen halten, bis er nachgewiesen hat, daß der Regent über jene generelle Gesetzesbestimmung zu seinen Gunsten sich habe hinwegsetzen wollen. Diesen Beweis kann er z. B. dadurch beibringen, daß er zeigt, sein Begnadigungsgesuch habe den gesetzlichen Grund einer perpetua infamia ausdrücklich enthalten, und zur Kenntniß des Regenten gebracht.

***) L. 1 § 10 D. de postul. — an autem et Praetor restituere possit, quaeritur, et mihi videtur, talia Praetorum decreta non esse servanda, nisi sicubi ex officio jurisdictionis suae subvenerunt: ut in aetate observatur, si quis deceptus sit, caeterisque speciebus, quas sub titulo de in integrum restitutione exsequemur. Pro qua sententia est, quod, si quis famoso judicio condemnatus per in integrum restitutionem fuerit absolutus, Pomponius putat, hunc infamia eximi.

male normirt, und der richterlichen Anschauung als erkennbares Object vorgelegt hat. An diesem objectiven Maaßstab kann und muß der Richter ermessen, ob in einem Fall die Ehrlosigkeit und deren Folgen eintreten sollen, oder nicht, und auch in diesem Gebiet hat er sich zu hüten, daß er nicht den Vorstellungen, welche die Gesetzgebung bei Festsetzung jener Merkmale geleitet haben, einen Einfluß auf sein Urtheil gestatte, denn nur die gesetzten Merkmale des Begriffs sind ihm Gesetz, nicht aber, was er nach seinem individuellen Verstande aus dem Grund jenes Setzens ableiten kann. Eben so wenig darf er durch seine Ansicht über den moralischen Werth des Handelns eines Menschen, über dessen Ehre und Ehrlosigkeit er urtheilen soll, noch auch durch die öffentliche ihm kund gewordene Meinung über die Immoralität des Lebenswandels desselben sich leiten lassen. *) In neuerer Zeit hat man nun freilich den Unterschied zwischen juristischer Infamie und bloß factischem schlechten Ruf eines Menschen aufgefaßt und anerkannt, aber desungeachtet aus dieser bloßen mala fama einen eigenen der Infamie coordinirten allgemeinen Rechtsbegriff unter dem Namen infamia facti s. turpitudo gemacht. Man stellt die in den Rechtsquellen zerstreut vorkommenden Bestimmungen zusammen, welche den schlechten Lebenswandel

---

*) Das gemeine Recht spricht den Unterschied der juristischen Infamie (infamia juris) von dem bloßen üblen Ruf (mala fama, gravata opinio) sehr bestimmt aus: L. 13 C. in quib. caus. inf. — ea quae pater testamento filios increpans scripsit, infames quidem filios jure non faciunt, sed apud bonos et graves opinionem ejus, qui patri displicuit, onerant. L. 2 D. de obsequ. parent. praest. — licet enim verbis edicti non habeantur infames ita condemnati, re tamen ipsa et opinione hominum non effugiunt infamiae notam. L. 12 D. de decurion. — Die Volksansicht über den moralischen Werth einer Handlung steht in einer doppelten Beziehung zur juristischen Ehrlosigkeit: 1) indem sie in jedem Staat, wo das Gesetz der wirkliche Ausdruck des Volkswillens ist, die Gesetzesbestimmungen über Ehrlosigkeit motivirt, und so auch ohne Zweifel den römischen Bestimmungen zum Grunde liegt. 2) Insofern die wirklich eingetretene juristische Ehrlosigkeit eines Menschen eine Rückwirkung auf die Volksansicht haben, und denselben auch factisch in der Meinung des Publikums herabsetzen kann. — Beide angegebenen Beziehungen sind aber für den Richter durchaus bedeutungslos.

und daraus hervorgegangenen schlechten Ruf eines Menschen (turpitudo) voraussetzen, und eine irgendwie ungünstige juristische Behandlung und Zurücksetzung desselben verfügen, und will den Inbegriff dieser Einzelheiten als ein besonderes Rechtsinstitut und eine eigne Art von Ehrenschmälerung gelten lassen. Es giebt nun zwar im gemeinen Recht gesetzliche Bestimmungen, deren ratio solche Handlungen ausmachen, welche das Gesetz mit dem generellen Ausdruck turpitudo bezeichnet. Aber dieser Begriff ist, weil das Gesetz ihn in keiner Weise bestimmt hat, eine juristisch durchaus unbrauchbare Abstraction. Der Richter soll hier weder die factisch vorhandene Volksansicht über den Menschen, dessen Handlung im einzelnen Fall in Frage steht, erforschen und seinem Urtheil zum Grunde legen, noch auch aus selbsterdachten Grundsätzen über Immoralität seine Entscheidung hernehmen. Er ist darauf beschränkt, zu erkennen, welche Handlung oder Handlungsweise das Gesetz als Voraussetzung der bestimmten in Frage stehenden Rechtswirkung gemeint hat, und wenn das Gesetz sich hier unbestimmt ausgedrückt hat, so kann die generelle Bezeichnung der Handlung als einer turpitudo seiner Operation sehr wenig förderlich seyn. Es ist dies ein Begriff, bei welchem sich jeder Richter denken kann, was er will, weil eben das Gesetz selbst nicht angegeben hat, was er sich dabei denken s o l l. Das aber ist der Character eines Rechtsbegriffes, daß der Richter sich nicht eine i h m beliebige Vorstellung davon machen darf, sondern nur die, welche d a s G e s e t z w i l l. *)

---

*) Bei einer solchen Behandlung der Quellen lassen sich leicht noch Dutzende neuer Rechtsbegriffe ausfindig machen. Es würde z. B. nichts im Wege seyn, auch Armuth oder Reichthum als einen allgemeinen juristischen Begriff aufzustellen, wenn der Umstand, daß sie Grund rechtlicher Wirkungen seyn können, dazu hinreichte. Allein auch hier findet sich, daß Reichthum und Armuth leere Abstractionen aus einer Anzahl der verschiedenartigsten Fälle sind, und daß diese Begriffe ihren wirklich gesetzlich-juristischen Sinn erst für die einzelnen Rechtswirkungen, deren rationes sie sind, bekommen, z. B. reich und arm bezeichnet in Beziehung auf Glaubwürdigkeit des Zeugnisses (L. 3 pr. D. de testib. — an locuples vel egens sit —) natürlich nicht dasselbe, als für die Bestimmung, daß die arme Wittwe ein besondres Erbrecht an den Nachlaß ihres Mannes haben soll (Nov. 117 C. 5).

Die juristische Infamie ist verschieden von dem, was man unter dem Ausdruck „levis nota“ zu befassen pflegt. Man versteht nach römischem Recht gewöhnlich darunter eine bürgerliche Zurücksetzung gewisser in den Quellen unter dem Namen der humiles oder viles personae vorkommenden Subjecte, welche wegen ihres Standes oder Gewerbes einzelne regelmäßig allen Bürgern zukommende Rechte entbehren. Diese ganze Materie ist aber durchaus unpractisch, weil die Voraussetzungen dieses Instituts, die römischen Standesunterschiede und Gewerbe, weggefallen sind. Darum ist hier nur zu bemerken:

1) Daß der Ausdruck „levis nota“ im römischen Recht nicht ausschließlich technisch für viles und humiles personae ist.

2) Daß es falsch ist, die levis nota als eine eigene Art von Ehrenschmälerung der Infamie an die Seite zu stellen. Diese ist immer Herabsetzung eines Menschen von voller bürgerlicher Ehre auf eine niedere Stufe der Rechtsfähigkeit; jene dagegen ist nicht sowohl Ehrminderung, als mindere Ehre,

---

Die Theorie würde sehr falsch verfahren, welche aus diesen verschiedenen Bestimmungen einen Allgemeinbegriff von Armuth zu bilden versuchte. — Uebrigens hat jene Theorie auch nicht einmal eine richtige Methode angewandt, um zu einer genügenden Ausstattung ihres angeblichen Rechtsbegriffes zu gelangen. Sie beschränkt sich nämlich auf die Gesetzesstellen, wo das Wort „turpitudo“ oder dem ganz ähnliche Ausdrücke gebraucht werden. Allein verfolgte sie consequent ihre Ansicht, so müßte sie alle Rechtswirkungen zusammenstellen, welche irgend in den Quellen als die Folgen einer unsittlichen Handlung oder Lebensweise genannt werden, gleichviel mit welchem Ausdruck sie dieses bezeichnet fände. Auf diese Art könnte sie ihr dürftiges Register der Wirkungen der turpitudo noch sehr vervollständigen, z. B. ist nicht abzusehen, warum die Bestimmung, daß das turpiter datum vom Geber nicht condicirt werden darf (L. 4 § 3. L. 8 D. de condict. ob turp. caus.), oder daß der Ehemann, welcher seine geisteskranke Frau schlecht behandelt und ihre dos vergeudet, auf Antrag ihres Curators oder irgend eines Verwandten zur Alimentation derselben nach der Größe der dos gezwungen werden soll (L. 22 § 8 D. solut. matrim.), nicht eben so gut dahin gezählt werden könnte, als die gewöhnlich angeführten Bestimmungen der L. 22 § 6 D. solut. matrim. L. 3 § 4 D. de liberis exhib. L. 17 § 1 D. de testam. tut. L. 27 C. de inoffic. testam. L. 2 C. de dignitat. L. 11 D. de dol. mal. L. 12 § 1 D. de sponsal.

d. h. sie ist an sich schon der Besitz einer geringeren Rechtsfähigkeit, und es gehört nicht wesentlich zu ihrem Begriff, daß dieser Zustand erst durch Schmälerung der vorhandenen vollen existimatio eines Menschen hervorgebracht wird. Darum wird sie im römischen Recht auch nicht zu den minutiones existimationis gerechnet. *) Die Infamie setzt, wie überhaupt die minutio existimationis, ein Delict **) voraus. Dies ist nicht so zu verstehen, als wenn die unmittelbar oder mittelbar infamirende Handlung auch sonst noch mit einer Strafe bedroht seyn müßte. Die absichtliche Vornahme einer solchen Handlung, auch wenn ihre rechtlich nachtheilige Folge allein in Infamie besteht, enthält hier das Delict. Dagegen ist jene levis nota die durchaus unverschuldete Folge gewisser Zustände (eines niedrigen Standes oder Gewerbes). ***)

3) Die römische levis nota darf nicht mit dem deutschrechtlichen Institut der *Anrüchtigkeit* oder *Unehrlichkeit* identificirt werden. Die Anrüchtigkeit besteht blos in Ausschließung von Zünften und Gilden, und trifft nach neuerem gemeinen Recht auch nur die unehelichen Kinder und den Schinder. †) Gemeinrechtlich versteht man unter Schinder (Abdecker,

---

*) L. 5 § 2 D. de extraord. cognit.

**) L. 5 § 1 D. l. l. — qui ex *delicto nostro* auctoritate legum aut minuitur aut consumitur.

***) Näheres über die römischen Bestimmungen ist zu finden in der Schrift von *Marezoll* über die *bürgerliche* Ehre. S. 282—289.

†) R. S. von 1731 und 1772. — Wir halten die Anwendung der Wirkungen der römischen levis nota, insbesondere der L. 27 C. de inoffic. testam. auf die deutsche Anrüchtigkeit für durchaus verwerflich. Die bloße Aehnlichkeit der beiden Institute reicht nicht hin, um sie juristisch ganz gleich zu behandeln. Es gehört zum Begriff der Anrüchtigkeit, daß sie gerade in Ausschließung von Zünften und Gilden besteht. Nach römischem Recht waren uneheliche Kinder als solche gar nicht notirt, und die Inofficiositätsquerel der Geschwister konnte gegen sie nicht angestellt werden. Obgleich nun uneheliche Kinder nach gemeinem Recht zu [illegible] anrüchtigen Personen gehören, so sind sie doch dadurch nicht in die Stellung gerathen, welche das römische Recht für jene Querel erfordert. Wenn man hiergegen eingewandt hat, die Querel setze generell eine nota des instituirten Erben voraus, und die

Wasenmeister) denjenigen, welcher das Häuten gefallenen Viehes als Gewerbe treibt. Nach gemeiner Praxis besorgt er außerdem die Execution des Henkens, Folterns und Ausstäupens. Uebrigens macht nach den Reichsgesetzen nur der wirkliche Betrieb der Schinderei unehrlich, so daß weder die Kinder des Schinders als solche, noch auch der Scharfrichter zu den anrüchtigen Personen gehören. Die Aufhebung der Anrüchtigkeit geschieht durch landesherrliches Rescript. Diesen Act nennt man in Beziehung auf uneheliche Kinder legitimatio minus plena, weil nur der Flecken der unehelichen Geburt dadurch getilgt wird, nicht aber die übrigen Wirkungen einer gewöhnlichen Legitimation eintreten.

Einige Aehnlichkeit mit der juristischen Infamie hat endlich das römische Institut der Intestabilität. Denn auch diese ist die gesetzliche Folge der Condemnation wegen gewisser Delicte, und trifft auch in einer ihrer Wirkungen (der Unfähigkeit zum Testamentszeugniß) mit jener zusammen. Desungeachtet ist die Intestabilität nicht blos eine selbstständige Strafe, und ihrem ursprünglichen Wesen nach durchaus von der Infamie verschieden, sondern hat auch in der Gestalt, wie sie noch im neuesten römischen Recht auftritt, eine Wirkung, welche der Infamie nie zukommt, nämlich den Verlust der Fähigkeit zur Errichtung eines letzten Willens. Sie stammt aus dem ältesten römischen Recht, und ihr ursprünglicher Character besteht in der Unfähigkeit, bei einer Rechtshandlung Zeugniß zu leisten und sich leisten zu lassen. *) Was wir im neuesten

---

Anrüchtigkeit sey jedenfalls eine nota, so ist zu erwiedern, daß das römische Recht begreiflich nur die ihm bekannte nota meint, mit welcher uneheliche Kinder eben nicht behaftet waren, und daß die Anrüchtigkeit darin eine oberflächliche Aehnlichkeit mit der römischen levis nota hat, daß sie eine bürgerliche Zurücksetzung begründet, diese Wirkung aber heutiges Tages eine den deutschen aus dem Mittelalter stammenden Verhältnissen durchaus eigenthümliche ist, wofür das römische Leben gar keine Analogie bietet.

*) Man hat die historische Bedeutsamkeit dieser Strafe bisher nicht genügend eingesehen, weil man die Wichtigkeit der Zeugen für das alte Recht nicht gewürdigt, und, wovon dies abhängig ist, das ursprüngliche Wesen der mancipatio und des nexum verkannt hat. Wir würden anstehen, auch nur die oberflächlichen Andeutungen, welche

Recht noch davon vorfinden, ist nur ein unbedeutender Rest dieser im alten Recht höchst umfangs- und einflußreichen Strafe, und beschränkt sich auf die beiden schon genannten Wirkungen in Betreff der Testamentserrichtung. Auch läßt sich mit Sicherheit aus den geltenden Rechtsquellen nur ein einziger Entstehungsgrund derselben nachweisen, nämlich die Condemnation

---

ohne nähere Begründung hierüber gegeben werden sollen, in einem practischen Pandectenrecht vorzubringen, wenn nicht verschiedentliche Mißverständnisse nöthigten, auf den wesentlichen Unterschied zwischen Infamie und Intestabilität aufmerksam zu machen. Im ältesten römischen Recht geschah keine juristische Handlung ohne Zuziehung von Zeugen. Denn mancipatio und nexum waren damals die einzigen Rechtshandlungen, wodurch dingliche und persönliche Rechtsverhältnisse constituirt wurden, nämlich die mancipatio der Entstehungsgrund des dinglichen Rechts (generisch: manus, wovon die des paterfamilias über die Ehefrau nur ein Beispiel) und das nexum (vergleichbar dem späteren Ausdruck: obligatio) der Entstehungsgrund des persönlichen Rechts. Bekanntlich aber war bei diesen beiden Rechtsgeschäften die Gegenwart von Zeugen erforderlich, ursprünglich natürlich zu dem Zweck, um im Fall eines Streites die gesprochenen Worte und die Perfection des Rechtsgeschäfts zu bezeugen. Wenn nun Jemand sich zum Zeugen hatte gebrauchen lassen, und dann später sein Zeugniß abzulegen verweigerte, so sollte er zur Strafe nach den XII Tafeln improbus (d. h. unfähig, selbst Zeugniß zu leisten) intestabilisque (d. h. unfähig, Andre für sich zum Zeugniß aufzurufen,) werden (Gell. N. A. 15. 13.). Hieraus erhellt, daß die Intestabilität ursprünglich in dem Verlust der Fähigkeit zum rechtlichen Verkehr überhaupt bestand. Als im späteren Recht mancipatio und nexum und mit ihnen die Nothwendigkeit der Zeugenzuziehung zu Rechtsgeschäften aus der Praxis verschwanden, erhielt sich die Intestabilität nur noch für Testamentserrichtungen, weil hier die Zeugengegenwart noch ein wesentlicher Theil des Acts blieb. Zur Kaiserzeit sind neue Entstehungsgründe der Intestabilität hinzugekommen; jedoch war unter den römischen Juristen Streit darüber, ob der durch ein solches neueres Gesetz für improbus intestabilisque Erklärte bloß die Fähigkeit zum Zeugniß oder auch die active Testamentsfaction verliere (L. 26 D. qui testam. fac. poss.). Die Frage, ob die Intestabilität auch die s. g. passive Testamentifaction entziehe, ist für das Justinianeische Recht zu verneinen. Das Gegentheil bezeugt für das ältere Recht Theophil. ad § 6 I. de testam. ord.

Ueber alles dieses, insbesondere den Begriff von manus und nexum vgl. Christiansen: die Wissenschaft der römischen Rechtsgeschichte im Grundrisse 1. Bd. S. 137. 144. 147. 168 ff.

wegen Pasquills.*) Die Intestabilität ist daher jetzt fast ganz, und wenn die Behauptung neuerer Criminalisten,**) daß sie als Strafe des Pasquilles außer Anwendung sey, gegründet ist, wirklich ganz unpractisch.

## §. 7.

### Von juristisch wichtigen persönlichen Eigenschaften und Zuständen.

Die Rechtsfähigkeit ist als solche nur die abstracte Möglichkeit, Subject von Rechten oder Verbindlichkeiten zu seyn; sie gewährt dem Menschen nur die Befähigung, innerhalb einer bestimmten vom Gesetz ihm angewiesenen Sphäre wirkliches

---

*) L. 21 pr. D. de testib. ob carmen famosum damnatus intestabilis fit. L. 18 § 1 D. qui testam. fac. poss. L. 5 § 9 D. de injur. Bloß die Auth. Frideric. credentes C. de haeret. und C. 13 X de haeret. könnten noch etwa hierher gezogen werden. — Es ist falsch, alle Personen, welche aus irgend einem Grunde unfähig sind, ein Testament zu errichten, lege intestabiles zu nennen. Zur eigentlichen Intestabilität gehört durchaus, daß irgend ein Gesetz sie als selbstständige Folge einer Handlung ausspricht, und zwar in der Weise, daß daraus das Anschließen der neueren Gesetzgebung an den alten Begriff unverkennbar hervorgeht. Wir kennen nur die obigen citirten Stellen, wo die Wortfassung zur Annahme einer wahren Intestabilität berechtigt. Gewöhnlich werden noch angeführt: L. 8 § 4 D. qui testam. fac. poss. L. 5 § 1 C. ad leg. Jul. maj., wo aber die Unfähigkeit zu testiren eine bloße Folge der juristisch nothwendigen Armuth der da genannten Personen ist. L. 4 § 5 C. de haeretic. L. 6 C. de incest. nupt. C. 2 de usur in 6 verordnen zwar die Testamentsunfähigkeit als Strafe gewisser Verbrechen; daß aber dies nicht der alte Begriff der Intestabilität ist, ist schon daraus klar, daß die Zeugnißunfähigkeit gar nicht genannt ist. Uebrigens sind auch fast alle diese Fälle unpractisch; (Glück, Erl. d. P. Bd. 34 S. 148. 149.). Die Strafe der Apostasie begreift nach L. 3 C. de apost. mehr, als die Wirkungen der bloßen Intestabilität, und kann nicht als Beispiel für diesen eigenthümlichen Begriff aufgeführt werden. Daß endlich die in L. 9 § 7 de poen. den Advokaten und Notaren angedrohete Strafe der Unfähigkeit, für Andere ein Testament zu concipiren oder zu besiegeln, nicht hierher gehört, ist klar.

**) Wächter, Lehrbuch des Strafrechts Thl. 2 S. 113.

Rechtssubject zu werden. Es müssen aber, damit er wirklich werde, was er gesetzlich seyn darf, alle zu einem bestimmten Rechtsverhältniß erforderlichen Voraussetzungen concret für ihn vorhanden seyn. Die Civilrechtstheorie beschäftigt sich in den einzelnen betreffenden Lehren mit der Darstellung dieser Erfordernisse, und die Sitte, unter denselben gewisse persönliche Eigenschaften und Zustände besonders hervorzuheben, und für sich im allgemeinen Theil des Pandectenrechts darzustellen, beruht darauf, daß diese für eine bedeutende Anzahl verschiedenartiger Rechtsverhältnisse die wesentliche Voraussetzung ausmachen, und darin übereinkommen, daß sie sich auf die Person des Rechtssubjects beziehen. Von den mancherlei Begriffen, welche an diesem Ort abgehandelt zu werden pflegen, werden hier jedoch nur folgende näher erörtert werden *):

### A. Die Verwandtschaft.

Blutsverwandtschaft ist das auf Einheit des Bluts beruhende Verhältniß mehrerer Subjecte. Diese bloß natürliche Eigenschaft des Menschen, welche darum weder frei erworben noch verloren werden kann, ist im geltenden gemeinen Recht der juristische Grund zahlreicher Rechtswirkungen, so namentlich im Erbrecht, Eherecht und Vormundschaftsrecht. Dagegen war im älteren römischen Recht nicht die factische Einheit des Bluts, sondern die Einheit der römischen familia das wesentliche Merkmal des Verwandtschaftsbegriffes. Die gemeinsame Beziehung auf die Gewalt des römischen paterfamilias constituirte damals ausschließlich oder doch regelmäßig den verwandtschaftlichen Nexus. Daß Jemand in dieser Einheit der Gewalt mit einem Andern begriffen gewesen, oder doch mittelbar durch seinen parens mit dem nämlichen auch schon verstorbenen paterfamilias zusammenhing, brachte unter ihnen einen juristischen Effect hervor, vorausgesetzt, daß diese Einheit nicht durch irgend eine Capitisdeminution unterbrochen worden war.

*) Das Meiste nämlich von dem, was man hier sonst vorträgt, gehört nach unserer Ansicht dem juristischen Elementarunterricht an, und wird von uns als bekannt vorausgesetzt. Nicht minder überlassen wir mancherlei zu den von uns selbst hier behandelten Begriffen gehörige Erörterungen den Institutionen.

Dieser im alten Recht höchst wichtige, im practischen Recht sehr untergeordnete Begriff ist der der Agnation. Agnati sind, welche dem nämlichen paterfamilias unterworfen sind, oder seyn würden, wenn er noch lebte. *) Da nun aber ein paterfamilias immer nur diejenigen beherrscht, welche durch den Mannsstamm mit ihm verbunden sind, und nach der Regel „mulier familiae suae finis est" **) die von einem weiblichen Glied der Familie Gebornen nicht unter die Gewalt des mütterlichen paterfamilias fallen, so erhellt, daß die Verbindung durch den Mannsstamm ein sich von selbst verstehendes Merkmal der Agnation ist, welches in dem römischen Begriff der Familieneinheit schon liegt. ***) Einzig wesentlich ist jedoch dem Begriff der Agnation nur die gemeinsame Beziehung der Subjecte auf die Gewalt des nämlichen princeps familiae, denn sie kann auch ohne das Verhältniß wirklicher Abstammung Statt finden, weil jede vom paterfamilias ausgehende freiwillige Aufnahme eines extraneus in die Familie ein Agnationsverhältniß desselben zu allen bisherigen Agnaten des paterfamilias her=

---

*) Diese für das ältere Recht genügende Definition bedarf im neueren Recht eines modificirenden Zusatzes, weil es jetzt eine Anzahl von Fällen giebt, wo die patria potestas des noch lebenden paterfamilias erlischt, ohne daß dadurch der Agnationsnexus aufgehoben wird (z. B. Nov. 81 c. 2.). So gewährt auch die Anastasische Emancipation dem Emancipirten wenigstens die Möglichkeit einer speciellen Reservation seiner Agnationsrechte durch Rescript des Regenten (L. 11 C. de legit. hered.).

**) L. 195 § 5. L. 196 § 1 D. de verbor. signif.

***) Die verschiedenen Definitionen von Agnation, welche im römischen Recht vorkommen, widerstreiten sich daher nicht. Das wahrhaft Wesentliche dieses Begriffs giebt an L. 195 § 2 i. f. D. de verbor. signif. — communi jure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi, patrefamilias mortuo, singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte ejusdem familiae appellabuntur —. Die Definition des Gajus enthalten L. 7 D. de legit. tutor. — sunt autem adgnati, qui per virilis sexus personas cognatione juncti sunt, quasi a patre cognati. — § 1 I. de legit. adgnat. tutel. § 1 I. de legit. adgnat. succ. Endlich beide Merkmale vereinigt giebt L. 10 § 2 D. de gradib. Cognati sunt et quos adgnatos Lex 12 Tabularum appellat: sed hi sunt per patrem cognati ex eadem familia.

vorbringt. Diese im neueren Recht bloß durch Adoption vermittelte Verwandtschaft ist es, welche das römische Recht cognatio civilis per se s. legitima nennt. Dagegen heißt jede auf ehelicher Zeugung beruhende Blutsverwandtschaft zugleich cognatio civilis et naturalis, und jede aus unehelicher Zeugung hervorgehende Verwandtschaft einfach naturalis cognatio. *) Uebrigens ist zwar jede Agnation civilis cognatio, nicht aber umgekehrt. Denn die Agnation erfordert freilich Entstehung durch Adoption oder eheliche Zeugung, **) aber der in rechter Ehe Erzeugte wird nur Agnat zu den Agnaten seines Vaters, und ist zu den Verwandten seiner Mutter bloß in dem Verhältniß der civilis et naturalis cognatio. ***) Im heutigen Recht hat die Agnation den größten Theil ihrer Anwendbarkeit verloren, denn da, wo mit ihr in demselben Subject das Merkmal der Blutsverwandtschaft concurrirt, kommt jetzt allein Letzteres in den Verhältnissen des Erbrechts u. s. w. in Betracht. Nur die durch Adoption entstehende Agnation ist noch jetzt von juristischer Bedeutung. Es giebt in der Blutsverwandtschaft mehrere juristisch wichtige Unterschiede:

1) Verwandtschaft in grader Linie (linea recta) d. i. das Verhältniß von Erzeugern (ascendentes auf der linea superior s. ascendens) †) zu den unmittelbar oder mittelbar von ihnen Abstammenden (descendentes auf der linea inferior s. descendens), und Seitenverwandtschaft d. i. das auf Abstammung von einem gemeinschaftlichen Dritten beruhende Verhältniß meh-

---

*) L. 4 § 2 D. de gradib.

**) Das uneheliche Kind ist juristisch vaterlos (quasi sine patre filius), ihm fehlt daher das für den Agnationsbegriff wesentliche Merkmal (§ 12 I. de nupt. § 4 I. de succ. cognat.).

***) L. 4 § 2 D. de gradib. — civilis autem cognatio licet ipsa quoque per se plenissime hoc nomine vocetur, proprie tamen adgnatio vocatur, videlicet quae per mares contingit. L. 10 § 4 D. eod. — inter adgnatos igitur et cognatos hoc interest, quod inter genus et speciem, nam qui est adgnatus, et cognatus est; non utique autem qui cognatus est, et adgnatus est —.

†) L. 1 pr. L. 9 D. de gradib.

rerer Subjecte (cognati a latere s. ex transverso).*) Unter den Collateralen ist als speciell für das Eherecht einflußreich der s. g. respectus parentelae d. i. das Verhältniß eines Descendenten zu den Geschwistern seines Ascendenten hervorzuheben.**)

2) Vollbürtige und halbbürtige Seitenverwandtschaft (cognatis bilateralis et unilateralis). Geschwister heißen vollbürtig (germani), wenn sie von dem nämlichen Elternpaar abstammen, halbbürtig, wenn sie nur Einen der Eltern mit einander gemein haben, und zwar halbbürtig vom Vater her (consanguinei), wenn sie den nämlichen Vater, halbbürtig von der Mutter (uterini), wenn sie die nämliche Mutter haben.***) Uneheliche Kinder können nur uterini seyn, weil der factisch ihnen gemeinsame Vater juristisch nicht als solcher gilt. Aber durch Legitimation, wenn sie von dem nämlichen Vater ausgeht, können sie heutzutage in das Verhältniß vollbürtiger Geschwister kommen. Dagegen werden uterini überhaupt dadurch nie vollbürtige Geschwister, daß sie von derselben Person adoptirt worden sind, obwohl sie dann Vater und Mutter miteinander gemein haben. Denn die Vollbürtigkeit der Geschwister setzt nicht bloß die Gemeinschaft beider Eltern voraus, sondern auch, daß diese Eltern ein Ehepaar ausmachen, von welchem Jene abstammen. In dem angegebenen Fall werden die Geschwister

---

*) L. 1 pr. D. 1, 1.

**) Denselben Sinn hat die gebräuchliche Definition, wornach der respectus parentelae ist das Verhältniß unter Collateralen, von denen Einer unmittelbar unter dem gemeinsamen Stammvater steht, der Andre entfernter von ihm — Der römische Ausdruck „parentum liberorumve loco esse" bezeichnet aber nicht bloß dieses Verwandtschaftsverhältniß (§ 5 I. de nupt. L. 39 D. de rit. nupt.), sondern auch das leiblicher oder Adoptiv-Eltern und Kinder, und sogar nahe verschwägerter Personen unter einander (§ 1 I. de nupt. L. 4 § 7 D. de gradib.).

***) Die im Text gebrauchten Ausdrücke haben in den römischen Quellen zum Theil noch andere Bedeutungen, deren Erörterung aber der Rechtsgeschichte zu überlassen ist. — Die in neuerer Zeit übliche Erweiterung der Begriffe der Voll- und Halbbürtigkeit auf entferntere Seitenverwandte ist juristisch werthlos, weil im gemeinen Recht nur für Geschwister auf diesen Unterschied etwas ankommt.

nur zugleich consanguinei und uterini, also nicht vollbürtig, sondern mehrfach verwandt.

3) Einfache und mehrfache Verwandtschaft. Letztere ist ein Verwandtschaftsverhältniß, welches aus mehrfachen Gründen abgeleitet werden, und einem Subject im Erbrecht eine mehrfache Berechtigung gewähren kann. *) Man hat sich bemüht, alle hierher gehörigen möglichen Fälle nach den Entstehungsgründen in eine erschöpfende Uebersicht zu bringen. Aber es ist dabei zu beachten, was im Erbrecht näher nachzuweisen, daß bei aller factischen Richtigkeit der Classification doch nicht jeder Fall, welcher darunter subsumirt werden kann, einen wirklich juristischen Effect hat. Nach dieser Darstellung entsteht die mehrfache Verwandtschaft:

a) Wenn Personen, welche schon unter sich verwandt sind, einander heirathen und Kinder zeugen.

b) Wenn zwei unter sich Verwandte mit zwei andern ebenfalls unter sich Verwandten in der Ehe Kinder zeugen.**)

c) Wenn zwei Verwandte nacheinander dieselbe Person ehelichen, und mit ihr Kinder zeugen.

d) Wenn zwei nicht untereinander, aber gemeinsam mit einem Dritten Verwandte einander heirathen, und Kinder zeugen, so sind diese mit jenem Dritten mehrfach verwandt.***)

e) Wenn Jemand seinen leiblichen Verwandten adoptirt, (z. B. wenn der mütterliche Großvater seinen Enkel als Sohn annimmt).

---

*) Der Streit, ob die Vollbürtigkeit eine mehrfache Verwandtschaft zu nennenn sey, ist durchaus überflüssig. Denn die mehrfache Verwandtschaft hat nur für die Frage, ob ein Erbe auf mehrfache Portionen Anspruch machen könne, eine juristische Bedeutung. Daß nun aber die Vollbürtigkeit als solche, obwohl sie unter Geschwistern der Halbbürtigkeit vorgeht, nicht einen solchen Anspruch gewähren könne, ist ausgemacht.

**) Beispiele hierfür giebt L. 10 § 14 D. de gradib.

***) Z. B. wenn der väterliche Halbbruder des A dessen mütterliche Halbschwester heirathet, so sind die in dieser Ehe erzeugten Kinder mit dem A mehrfach verwandt.

Als Hauptarten der Verwandtschaft überhaupt unterscheidet man leibliche (natürliche) und fingirte Verwandtschaft. Jene ist die eigentliche Blutsverwandtschaft; diese begreift die Adoptivverwandtschaft und die s. g. geistliche Verwandtschaft (cognatio spiritualis) d. i. das durch Taufe oder Firmelung begründete Verhältniß, welches nach neuestem katholischen Kirchenrecht *) nur noch zwischen dem Taufenden oder Confirmirenden und dem Tauf- oder Firmelpathen an einem, und dem Täufling oder Confirmirten und deren leiblichen Eltern am andern Theil Statt findet. Dies unter den Katholiken als Ehehinderniß juristisch wichtige Verhältniß hat unter den Protestanten gar keine rechtliche Bedeutung mehr.

B. Die Schwägerschaft (adfinitas).

Sie ist das durch Ehe oder Concumbenz begründete Verhältniß zwischen einem Ehegatten oder Concumbenten und den Blutsverwandten des andern. **) Das römische Recht kennt nur eine durch wirkliche Ehe hervorgebrachte Verschwägerung.***) Das kanonische Recht aber giebt als den Grund der Adfinität die durch vollendeten Beischlaf erzeugte Einheit des Fleisches

*) Concil. Trident. Sess. 24 c. 2. 3. de reformat. matrim. Ueber das ältere Recht vgl. C. 1. 3 de cognat. spirit. in 6.

**) Das römische Recht gebraucht die Ausdrücke „adfinis, adfinitas" auch für das Verhältniß der Ehegatten und Verlobten (L. 15 C. de hered. instit. L. 84 D. de jur. dot. L. 38 § 1 D. de usur. L. 8 D. de condict. c. d. n. s.). Auf jeden Fall hat aber das Wort „Schwägerschaft" nach heutigem juristischen Sprachgebrauch nur die im Text angegebene Bedeutung.

***) L. 4 § 3 D. de gradib. — affines sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo, quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur, et altera ad alterius cognationis finem accedit: namque conjungendae adfinitatis causa fit ex nuptiis. L. 4 § 8 D. eod. — Aus L. 14 § 2. 3 D. de rit. nupt kann man nicht das Gegentheil deduciren. Die Stelle beweiset nur, daß in Beziehung auf Eheverbote das neuere römische Recht die Sclavenehe juristisch anerkennt, und nur darum spricht es consequent auch von serviles affinitates. Man kann also hieraus nicht beweisen, daß schon das römische Recht in Beziehung auf Eheverbote die bloße Concumbenz als Grund der Schwägerschaft anerkannt habe.

(unio carnis) zwischen Mann und Weib *) an, so daß sie als eine auf fingirter Personeneinheit der Concumbenten beruhende Erweiterung des Verwandtschaftsverhältnisses anzusehen ist. Für die wichtigste Wirkung der Adfinität, nämlich das Verbot der Ehe unter verschwägerten Personen, ist auch die bloße Concumbenz das einzig wesentliche Merkmal dieses Begriffes, und der Unterschied, ob dieselbe in der Ehe oder außerehelich geschehen, und die davon abhängige Eintheilung in adfinitas legitima et illegitima ist hierfür ganz gleichgültig. **) Dagegen setzen alle anderen Wirkungen der Adfinität immer eine eheliche Concumbenz voraus. Uebrigens ist durch das kanonische Princip die römische Adfinität nicht aufgehoben, sondern nur auf den Fall beschränkt, wenn zwar eine Ehe eingegangen ist, aber eine Concumbenz unter den Ehegatten nicht Statt gefunden hat. Die römische Adfinität hört mit Auflösung der sie begründenden Ehe auf; nur als Ehehinderniß wirkt sie auch nachher noch fort. ***) Die kanonische Schwägerschaft erlischt als Ehehinderniß auch nicht durch den Tod dessen, durch dessen Concumbenz sie entstanden. †) Das ältere kanonische Recht, überhaupt geneigt die Eheverbote möglichst zu vermehren, dehnte den obigen Begriff der Adfinität, gestützt auf jenen Satz der Personeneinheit der Concumbenten, viel weiter aus. Wenn nämlich der Blutsverwandte eines Ehegatten, welcher eben dadurch mit dem andern Ehegatten verschwägert war, sich verehelichte, so bildete dieses Ehepaar wiederum eine Einheit, und es entstand ein neues Schwägerschaftsverhältniß zwischen diesem neuen Ehegatten und den in gewöhnlicher Art mit seinem Ehegatten verschwägerten Personen (affinitas secundi generis). Endlich eine dritte Art der Schwägerschaft (adfinitas tertii generis) war das Verhältniß zwischen dem einen Ehegatten und den in der zweiten Art mit dem andern verschwägerten Personen, und sie

---

*) C. 1 Caus. 35. Q. 10. C. 13. 14. Caus. 35. Q. 2 et 3. — quia enim constat eos duos esse in carne una, communis illis utraque parentela censenda est. —

**) C. 6. 10 X. de eo, qui cognov. consang. uxor.

***) L. 3 § 1 D. de postul. L. 84 D. de jur. dot. § 6. 7 I. de nupt.

†) C. 1. Caus. 35. Q. 10.

entstand, wenn der adfinis secundi generis nach dem Tode seines Ehegatten sich wieder verheirathete. Das Subject, mit welchem diese Ehe geschlossen war, wurde dadurch affinis tertii generis zu allen denen, mit welchen sein Ehegatte bisher in der zweiten Art verschwägert gewesen war. *) Das neuere kanonische Recht hat diese zweite und dritte Gattung der Adfinität, welche überhaupt nur als Ehehindernisse eine juristische Bedeutung hatten, wieder aufgehoben. **) Die protestantische Praxis hat in der zweiten Gattung der Schwägerschaft noch die Fälle als Ehehindernisse beibehalten, welche schon das römische Recht***) kannte. Uebrigens unterscheidet man auch in der Adfinität eine grade Linie, welche die s. g. Stief- und Schwiegerverwandtschaft umfaßt, und eine Seitenlinie (die im gemeinen Leben vorzugsweise s. g. Schwägerschaft).

### C. Der Wohnort (domicilium).

Nach der Regel des Rechts constituirt der Wille des Subjects den juristischen Begriff des Domicils. Durch ihn erhält der bedeutungslose Platz für das Gesetz Bedeutung: die freie That des Subjects macht den juristisch gleichgültigen Raum zum juristischen Grund von rechtlichem Effect. Das Domicil ist der bestimmte Ort im Territorium des Staats, welchen eine Person zum dauernden Aufenthalt erwählt, d. h. durch geeignete Handlungen als den Ort bezeichnet hat, wo sie ihren bleibenden Wohnsitz haben will. Einheit des Willens und der

---

*) C. 12. 22 Caus. 35. Q. 2 et 3.

**) C. 8 X. de consang. et adfin.

***) L. 15 D. de rit. nupt. Es ist dies das Verhältniß des Stiefvaters zu des Stiefsohns hinterlassener Wittwe, und der Stiefmutter zu dem hinterlassenen Ehemann ihrer verstorbenen Stieftochter. Vgl. Glück Erl. d. P. Thl. 23, S. 392.

Uebrigens hat weder das römische noch kanonische Recht den Begriff der Adfinität auf das Verhältniß der beiderseitigen Blutsverwandten zweier Ehegatten oder Concumbenten ausgedehnt. Daher sind z. B. comprivigni d. h. die aus früheren Ehen eines Wittwers und einer Wittwe, welche sich ehelichen, erzeugten und in diese neue Ehe mitgebrachten Kinder (zusammengebrachte Kinder), einander nicht verschwägert. L. 10 § 13 D. de gradib. L. 34 § 2 D. de rit. nupt.

That macht das Domicil aus: die Handlung, welche das Domicil begründen soll, muß als Aeußerung und Ausdruck jenes Willens erscheinen, und der Wille in eine ihm entsprechende Aeußerlichkeit des persönlichen Verhaltens übergegangen seyn. Jedes dieser beiden Momente muß also zugleich das andere involviren. Dies ist näher so zu verstehen:

1) Der Wille (voluntas domicilii) *) als solcher d. h. als bloßer Vorsatz genügt nicht. Die noch nicht völlig ausgeführte Wahl eines Orts, das bloße Behaupten, einen Platz zum festen Wohnsitz zu haben, ist noch nicht wirklicher Wille, wie er hier erforderlich ist. **) Der bloße Entschluß begründet kein Domicil, mag er auch durch wörtlichen Ausdruck äußere Erkennbarkeit bekommen, und das Subject sogar Handlungen zur Ausführung desselben vorgenommen haben, wenn diese ihm nicht vollkommen entsprechen, z. B. der bloße Ankauf eines Hauses, der Besitz eines Grundstücks reicht nicht hin, ***) wenn das Subject noch an einem andern Ort sich persönlich aufhält und dort seinen Geschäftsbetrieb nicht aufgegeben hat. Eine specielle theoretische Entwicklung hätte darzustellen, wie ein solcher Entschluß zur wirklichen Vollendung gedeiht, und müßte concret darlegen, welche Handlungen zur Realisation dieses Willens sich eignen. Hier kann nur generell auf die möglichen Unterschiede aufmerksam gemacht werden. Die nämliche Thatsache kann je nach den Umständen zur Aeußerung jenes Willens hinreichen oder nicht, z. B. würde der Ankauf eines Hauses auch vollkommen hinreichend seyn können, wenn das Subject seinen Aufenthalt und Betrieb am andern Ort schon aufgegeben hätte. Es muß die ganze Lage, Stand, Geschäft und Thätigkeit der Person ermittelt und berücksichtiget werden, und eine geringe Modification hierin kann ein durchaus verschiedenes juristisches Urtheil hervorrufen. Es kommt hier, wo wir voraussetzen, daß schon eine Gewißheit über den Entschluß, an

*) L. 6 C. de incol.

**) L. 20 D. ad municip. Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione.

***) L. 17 § 13 ad municip. Sola domus possessio, quae in aliena civitate comparatur, domicilium non facit. L. 4 C. de incol.

einem Ort sich niederzulassen, vorliegt, darauf an, die Thatsachen auszuscheiden, welche als bloße Vorbereitungen zur wirklichen Begründung des Domicils anzusehen sind. So wenig nun aber der bloße Wille genügt, eben so wenig

2) reicht der bloße factische Aufenthalt als solcher hin. *)

Der persönliche Aufenthalt an einem Ort, wenn er juristisch ein Domicil begründen soll, darf nicht mehr den Character bloßer Zufälligkeit haben, sondern muß vom Subject als Aeußerung seines Willens, seinen Wohnsitz an den bestimmten Ort zu fixiren, gewählt, und fähig seyn, diesen Willen auszudrücken. Läßt sich aus der Thatsache ein Schluß auf den Willen ziehen, dann ist sie nicht mehr zufällig. Nicht das bloße Wohnen an einem Ort, sondern die concrete Beschaffenheit dieses Aufenthalts entscheidet, z. B. das Verweilen in einem Gasthaus wird gegen eine voluntas domicilii sprechen, den Willen wenigstens zweifelhaft lassen, und es wird sich dies auch nicht ändern, wenn dieser Aufenthalt von Zeit zu Zeit verlängert, und so successiv auf Jahre ausgedehnt wird. Der Aufenthalt erscheint hier als ein zufälliger, weil aus seiner ursprünglichen concreten Beschaffenheit der temporaire Zweck hervorleuchtet, und die Verlängerung desselben hier eben so sehr als bloße Zufälligkeit anzusehen ist. Das Subject ist an diesem Ort noch immer peregrinirend, wenn es z. B. anderswo seinen Geschäftsbetrieb hat, oder vagabundirend, wenn er nirgendswo sonst sich fixirt hat. Ueberhaupt, wenn die Beschaffenheit der Thätigkeit eines Menschen an einem bestimmten Ort mit Entschiedenheit seinen Willen andeutet, dort nicht für immer sich niederzulassen, so verdient die Länge der Zeit in der Regel gar keine Berücksichtigung, obwohl auch umgekehrt aus der Dauer des Aufenthalts ein Schluß auf die Veränderung des ursprünglichen Willens begründet werden kann. **)

---

*) L. 3 C. de incol. — est verum, eos, qui in territorio alicujus civitatis commorantur, vel ut incolas ad subeunda munera, vel ad capiendos honores non adstringi.

**) Wenn Jemand sich irgendwo studiorum causa aufhält, so hat er da sein Domicil nicht, weil seine Absicht, nur temporair dort zu verweilen, klar vorliegt. Dehnt er aber seinen Aufenthalt weit über

Wenn das äußere Verhalten eines Menschen unzweifelhaft darauf hinweiset, daß er einen bestimmten Ort als den Mittelpunct seiner bürgerlichen Thätigkeit und seines häuslichen Lebens betrachtet, so hat er da sein Domicil. *) Wo er regelmäßig seine Geschäfte betreibt, den Genuß seiner bürgerlichen Rechte, den Sitz seiner Familie, seine gewöhnlichen Unterhaltungen und Erholungen hat, da ist sein Domicil. **) Es ist die Kunst des interpretirenden Juristen, diesen Willen des Subjects zu ergründen. Es kann hier aber Collisionsfälle geben, wo nur der feinste Tact aus der genauesten Kenntniß der besondern Verhältnisse zu entscheiden vermag. Die allgemeine Theorie giebt hierzu nur die Anleitung. Hat Jemand an mehreren Orten Besitzungen, werden seine Geschäfte an verschiedenen Orten betrieben, so ist anzunehmen, daß er den Ort, wo der größere Theil seiner Güter liegt, ***) und von wo aus er die generelle Direction seiner Geschäfte führt, als seinen festen Wohnsitz ansieht.

---

die gewöhnliche Zeit des Studirens hinaus, so kann unter Umständen daraus geschlossen werden, daß er nun wirklich beabsichtigt, dort für immer sich niederzulassen. Dies und nichts anderes sagt die bekannte L. 2 C. de incol. (— nec ipsi, qui studiorum causa aliquo loco morantur, domicilium ibi habere creduntur, nisi decem annis transactis eo loco sedes sibi constituerint, secundum epistolam Divi Hadriani —), aus welcher man hat ableiten wollen, daß ein Aufenthalt von zehn Jahren allgemeiner Erwerbsgrund eines Domicils sey. Die Stelle enthält nur eine interpretatio voluntatis, und die Zahl von zehn Jahren bezieht sich nur auf den dem Kaiser vorgelegten speciellen Fall. L. 5 § 5 D. de injur.

*) L. 7 C. de incol. — et in eodem loco singulos habere domicilium, non ambigitur, ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit. —

**) L. 27 § 1 D. ad municip. Si quis negotia sua non in colonia, sed in municipio semper agit, in illo vendit, emit, contrahit, eo in foro, balineo, spectaculis utitur, ibi festos dies celebrat, omnibus denique municipii commodis, nullis coloniarum fruitur; ibi magis habere domicilium, quam ubi colendi causa diversatur.

***) L. 2 C. ubi Senatores — in provinciis vero, ubi larem fovent, aut ubi majorem bonorum partem possident et assidue versantur, respondebunt.

Wenn Jemand an einem Ort seinen gewöhnlichen Geschäftskreis, z. B. ein Handelsgeschäft, an einem andern eine Besitzung hat, wo er sich mit seiner Familie regelmäßig zu bestimmten Zeiten aufhält, z. B. um den landwirthschaftlichen Betrieb zu übersehen, so wird aus seinem ganzen Benehmen und aus einzelnen Thatsachen entnommen werden müssen, ob er an einem der Orte oder an beiden sein Domicil hat, und z. B. für den ersten Ort zu entscheiden seyn, wenn erhellt, daß er das dortige Geschäft als das ihn hauptsächlich interessirende und bestimmende, dagegen den Aufenthalt am andern Ort als mehr zufällig und unwesentlich betrachtet. Generell ist also derjenige Aufenthaltsort das Domicil, welchen er immer nur aus unbestimmten und zufälligen Gründen zu verlassen pflegt, und von welchem entfernt er als peregrinirend betrachtet werden kann. *) Das Domicil ist aber unabhängig von dem Rechtsverhältniß, durch welches der persönliche Aufenthalt und das Wohnen an einem Ort vermittelt wird, d. h. es ist gleichgültig, ob das Subject seine Wohnung als dinglich Berechtigter (Eigenthümer, habitator u. s. w.) oder durch persönliches Recht (als Miethsmann u. s. w.) oder precario inne hat. **) Aus der bisherigen Entwicklung ergiebt sich von selbst, daß Jemand seinen Willen, sich fest anzusiedeln, auch auf mehrere Orte beziehen kann. Dann hat er an allen diesen Orten sein Domicil. ***) Nicht minder ist möglich, daß Jemand durch stets

---

*) L. 7 C. de incol. — unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, unde cum profectus est, peregrinari videtur: quo si rediit, peregrinari jam destitit.

**) L. 5 § 2 D. de injur.

***) L. 5. L. 6 § 2. L. 27 § 2 D. ad municip. Nach unserer Ansicht können die in der ersten Stelle einander widerstreitenden Juristen Labeo und Paulus unter verschiedenen Voraussetzungen Beide Recht haben. Labeo sagt, daß wer an mehreren Orten in gleicher Weise Handel treibt, nirgends domicilirt sey; dagegen Paulus, daß er dann an den mehreren Orten sein Domicil habe. Falsch wäre es, wenn Labeo aus dem richtigen Satz, daß ein schon begründetes Domicil ein anderes zur nämlichen Zeit ausschließt, folgern wollte, daß Niemand sich an zwei verschiedene Orte dauernd fesseln, und juristisch an beiden Orten sein Domicil haben könne. Denn, wenn auch Niemand zwei Domicile haben kann, so kann er doch factisch an zweien Orten gleich-

wechselnden Aufenthalt, durch Art und Zweck seiner beständig zwischen verschiedenen Orten getheilten Thätigkeit den festen Aufenthalt an irgend einem bestimmten Ort grade negirt, so daß er nirgends als domicilirt gelten kann. Dasselbe ist der Fall, wenn er sein bisheriges Domicil aufgegeben, und noch kein neues begründet hat. *) Wenn der juristische Begriff des Domicils in dem thatsächlich ausgesprochenen und realisirten Willen besteht, an einem bestimmten Ort seinen festen Wohnsitz zu haben, so folgt, daß der Verlust des Domicils nicht schon durch jede factische Abwesenheit von demselben hervorgebracht wird. Denn dabei kann sehr wohl die Fortdauer jenes Willens bestehen, und eine Entfernung wegen vorübergehender Zwecke oder aus zufälligen Gründen widerspricht diesem Willen nicht. Die Aufhebung eines Domicils geschieht nur durch die wirkliche Ausführung eines entgegengesetzten Willens d. h. durch Handlungen, welche den Willen, nicht ferner an jenem Ort seinen dauernden Sitz zu haben, bethätigen. Dies kann nun freilich dadurch geschehen, daß er an einem andern Ort sich ansiedelt; aber nöthig ist dazu keineswegs die Wahl eines neuen Domicils, sondern er kann vorläufig auch ohne irgend ein Domicil verharren. **)

---

mäßig wohnen, und dadurch an beiden zusammengenommen, im Gegensatz gegen jeden andern Ort in der Welt, ein Domicil begründen. Nichts anderes sagen auch die citirten Stellen in den Worten „duobus (pluribus) locis posse aliquem habere domicilium", welche keineswegs die juristische Möglichkeit eines doppelten Domicils statuiren. Allein Labeo kann hier sehr wohl an den Fall denken, wenn Jemand durch den beständigen Wechsel seines Aufenthalts und die temporaire Natur seines Geschäftsbetriebes grade den Willen zu erkennen giebt, an keinem der Orte, welche er besucht, ausschließlich und dauernd sich niederzulassen, z. B. wenn er das ganze Jahr hindurch auf allen Jahrmärkten im Lande herumreis't, und überall einen kleinen Handel treibt, ohne irgendwo ein bleibendes Waarenlager und Geschäft zu haben, oder wenn er, grade um ein Domicil erst zu wählen, Jahrelang verschiedene Orte besucht, und prüft, wo es ihm am besten gefalle.

*) L. 27 § 2 D. ad municip. — quemadmodum difficile est, sine domicilio esse quemquam. puto autem et hoc procedere posse, si quis domicilio relicto naviget vel iter faciat, quaerens, quo se conferat, atque ubi constituat: nam hunc puto sine domicilio esse.

**) L. 27 § 2 l. l.

Die bisher behandelte Art des Domicils nennt man **domicilium voluntarium**, weil sie gesetzlich als Ausfluß des subjectiven Willens erscheint, und stellt ihr unter dem Namen des **domicilium necessarium** die Fälle gegenüber, wo die Gesetze das Domicil als die nothwendige, oder, weil dabei nicht immer die Begründung oder Fortdauer eines freiwilligen Domicils ausgeschlossen ist, auch nur mögliche Folge eines bestimmten Rechtsverhältnisses bezeichnen. Dahin gehört:

1) Kinder theilen das Domicil ihres Vaters. Dieses besteht nothwendig während der ganzen Zeit, wo sie willenlos, also unfähig sind, ein eigenes Domicil zu begründen, dauert aber auch über diese Zeit hinaus von selbst fort, bis sie ein selbstständiges Domicil sich gewählt haben.*)

2) Von Eingehung der Ehe an **) hat die Frau das Domicil ihres Mannes, und behält dasselbe auch als Wittwe, ***) bis sie sich wieder verheirathet oder ein freies Domicil begründet.

3) Beamte haben am Ort ihrer Amtsführung ihr **domicilium dignitatis**, †) Soldaten am Ort ihres Dienstes ihr nothwendiges Domicil, obwohl, wenn sie in ihrer Heimath schon angesessen waren, und den Besitz ihrer Güter behalten, ihr dortiges Domicil nicht aufhört. ††)

4) Verwiesene haben am Strafort ihr Domicil. †††)

---

*) **L. 3. L. 4 D. ad munic. Placet etiam filiosfamilias domicilium habere posse. Non utique ibi, ubi pater habuit, sed ubicunque ipse domicilium constituit.**

**) **L. 32. L. 38 § 3 D. eod. L. 5 D. de rit. nupt.**

***) **L. 22 § 1 D. ad munic. L. 9 C. de incol.**

†) **L. 8. C. l. 1.**

††) **L. 23 § 1 D. ad munic. Miles ibi domicilium habere videtur, ubi meret, si nihil in patria possideat.**

†††) **L. 22 § 3 D. eod.** Sie können jedoch auch an den Orten, von welchen sie durch die Strafe ausgeschlossen sind, sich ihr Domicil z. B. durch fortdauernden Besitz von Grundstücken und Aufenthalt der Familie erhalten: **L. 27 § 3 eod. Domicilium autem habere potest et relegatus eo loci, unde arcetur.** —

# Zweite Abtheilung.

§. 8.

## Das fingirte Rechtssubject.

Fingirte (juristische) Person ist das Wesen, welches nach der nur einzelne Menschen als Rechtssubjecte anerkennenden Regel des Rechts keine Rechtsfähigkeit hat, sondern erst durch gesetzliches Ausnahmsrecht eine rechtliche Persönlichkeit erlangt. Die juristische Person hat aber durch die ihr gesetzlich verliehene Existenz nicht nothwendig vollkommen das Wesen einer Person überhaupt d. h. sie hat nicht von selbst, nach Art und Umfang, eine solche Subjectivität, welche dem regelmäßigen Rechtssubject zukommt, und was von diesem gilt, darf nicht ohne Weiteres auf jene übertragen werden; sondern sie ist nur so, so weit und so lange Person, als die gesetzliche Fiction es gestattet. Dies macht eine der wichtigsten Interpretationsregeln für die über fingirte Personen geltenden Grundsätze aus. Dabei versteht sich, daß die Interpretation des gesetzlichen Willens über die Natur eines bestimmten juristischen Subjects nicht strict den Worten der Disposition zu entnehmen ist, sondern, wie überall, in freier Auffassung der wesentlichen Merkmale des Rechtsbegriffes besteht. Jene gesetzliche Fiction hat, wie jede andere, ihren Grund in irgend einer utilitas, und nach der Verschiedenheit dieses Grundes kann man verschiedene Arten juristischer Personen unterscheiden. Hiernach kennt das gemeine Recht folgende:

1) Universitas (personarum), deren Grund ist eine Mehrheit zu einem bestimmten Zweck vereinigter physischer Personen.

2) Piae causae, deren Grund ein Vermögen ist, welches gemäß einer Stiftung zu einem bestimmten Zweck verwandt werden soll.

3) Fiscus, dessen fingirte Persönlichkeit durch das Staatsvermögen veranlaßt ist.

4) Hereditas jacens, deren Grund in dem durch den Tod

des bisherigen Inhabers temporair subjectlos gewordenen Privatvermögen besteht. *)

Das gemeinsame Merkmal aller dieser juristischen Personen ist aber, daß sie kein körperliches Daseyn haben, sondern nur vermöge der gesetzlichen Fiction als ideelle Wesen existiren. Das Vermögen, die einzelnen physischen Personen u. s. w. sind dabei immer nur die factische Grundlage und Voraussetzung des Begriffes; die juristische Person selbst aber hat nur die juristische Existenz, welche das Gesetz ihr einräumt.**) Darum ist es sehr treffend, wenn das römische

---

*) Manche Lehrbücher des Pandectenrechts zählen hierher auch den Staat, das Staatsamt und das praedium dominans als Subject einer Realservitut. Ganz ungehörig ist es aber, den Staat in diese privatrechtliche Lehre hineinzuziehen. Denn wo nach dem Gesetz der Staat in einem Verhältniß zum Privaten steht, da hört eben das Gebiet des Privatrechts auf, und für die Fälle, wo der privatrechtliche Gesichtspunct des Staatsvermögens eingreift, hat man schon die juristische Personification des Fiscus. Es ist ferner wohl wahr, daß das Innehaben eines Staatsamts eine besondere Qualität eines Menschen ausmacht, und daß diese Eigenschaft des Beamten von seiner sonstigen rechtlichen Bedeutung als Person sich unterscheiden läßt; aber weder ist es nöthig, noch durch das gemeine Recht genügend motivirt, aus dieser besonderen Qualität eine eigene juristische Persönlichkeit zu machen. Es verhält sich hiermit eben so, wie mit dem gesetzlichen Ausspruch, daß in einem tutor verschiedene Eigenschaften wahrgenommen werden sollen. Dieser tutor ist nebenbei noch Mensch und als solcher Rechtssubject. Wenn das römische Recht hier von zwei Persönlichkeiten spricht, welche ein solcher Mensch in sich vereinigt, so geschieht das nur, um davor zu warnen, daß man die Rechte und Verbindlichkeiten, welche aus der doppelten Stellung desselben hervorgehen, nicht miteinander vermenge. (z. B. § 4 I. de inoffic. testam.). Was endlich das praedium dominans betrifft, so ist freilich richtig, daß die Realservitut immer auf das Interesse des herrschenden Grundstücks berechnet ist, und daß der jedesmalige Eigenthümer desselben das Servitutenrecht nur durch sein herrschendes Gut hat; aber das Subject des dinglichen Rechts ist immer nur der jedesmalige Herr des praedium dominans selbst, und nur zu ihm stehen alle übrigen Menschen in dem Verhältniß negativer Verbindlichkeit. Dies kann erst in der Lehre von den Servituten näher erwiesen werden.

**) Das Verkennen dieser Natur der juristischen Person hat zu vielen nutzlosen Streitigkeiten Anlaß gegeben. In den Fällen nämlich, wo das gemeine Recht eine juristische Persönlichkeit statuirt, liegt mei-

Recht den Ausdruck „incerta persona“ häufig von solchen Subjecten gebraucht. Dieses bloß intellectuelle Subject kann nun aber, weil ihm die Körperlichkeit und natürliche Willensfähigkeit fehlt, die ihm vom Gesetz gegebene juristische Activität nicht selbst ausüben. Es bedarf also eines Vertreters, welcher für dasselbe juristisch handelnd auftritt, und den Willen da, wo es nach dem Gesetz gestattet ist, schafft und supplirt. Diese Repräsentation der juristischen Person ist deshalb regelmäßig noch durch eine besondere Fiction des Gesetzes angeordnet. Aus dem Begriff der Fiction ergiebt sich endlich von selbst als ein gemeinsames Merkmal aller dieser Personen, daß sie, als der Regel des Rechts widersprechend, eine rechtlich singulaire Existenz haben. Jedoch ist diese Singularität wieder nach Art der Fälle verschieden. Denn einige jener Personen entstehen unmittelbar von selbst, sobald die dem Gesetz entsprechenden factischen Voraussetzungen vorhanden sind (z. B. die hereditas jacens, wenn der Erblasser verstorben und

---

stens ein Vermögen vor, welches zu einem bestimmten Zweck dienen, oft auch bestimmten Menschen zu Gute kommen soll. Die Juristen nun, welche sich um Auffassung des Begriffes der juristischen Person bemühten, glaubten sich an solches physisches Material halten zu müssen, und meinten, jener Begriff bestehe darin, daß dieses körperliche Object durch das Gesetz mit der Eigenschaft der Persönlichkeit versehen worden sey. Hieraus ist begreiflich, daß sie z. B. bei den Untersuchungen über piae causae sich nicht vereinigen konnten, ob das Vermögen selbst, oder der Zweck seiner Anwendung, oder die Menschen, denen es mittelbar zu Gute kommen soll, als juristisch personificirt zu denken seyen. Auf diesem Wege war eine Einigung unmöglich, weil jedes jener factischen Momente mit gleichem Recht und Unrecht auf die Ehre der Persönlichkeit Anspruch machen kann. Das Richtige ist lediglich, daß alle diese physischen Objecte zwar factische Voraussetzungen des Begriffs der juristischen Person sind, daß aber diese selbst nur eine intellectuelle juristische Existenz hat, welcher gar kein körperliches Etwas entspricht z. B. in der universitas ist eine Mehrheit physischer Personen, aber eben diese ist nur factisch, und macht grade nicht das Juristische des Begriffes aus. Das Juristische der universitas ist nur das gedachte Eine, das Individuum, welches körperlich gar nicht ist.

Eine ganz andere Frage ist, ob denn ein solches factisch unwirkliche, bloß gesetzlich reelle Wesen nicht einer Vertretung bedarf, um zu existiren. Dies ist auf die im Text angegebene Art zu beantworten.

die Erbschaft vom Erben noch nicht angetreten ist). Hier ist die gesetzliche Fiction ein eigentliches jus singulare. Andere Arten bedürfen einer speciellen Cognition und Genehmigung der Gesetzgebung, welche das ihr vorgelegte bestimmte factische Object für eine genügende Voraussetzung zur Entstehung einer juristischen Persönlichkeit erklärt. Hier hat die Person eine privilegirte Existenz im eigentlichen Sinn.

Ueber die einzelnen Arten dieser fingirten Personen lehrt nun die gemeinrechtliche Theorie Folgendes:

A. Die **Universitas** (collegium, corpus, Gemeinde, Gemeinheit) ist die juristische Person, welche durch die specielle Genehmigung der gesetzgebenden Gewalt entsteht, und den Verein mehrerer physischer Subjecte zur Erreichung bestimmter (durch die constitutio specialis gebilligter) Zwecke voraussetzt:

1. Das gemeine Recht verlangt zur Constituirung der Corporation eine Mehrheit von wenigstens drei Personen. *) Gleichgültig ist die factische Veranlassung ihres Zusammentretens. Der Staat selbst kann direct oder indirect ein Interesse daran haben, oder es kann der Grund der Vereinigung in bloß privaten Bedürfnissen liegen. Die universitas ist erst dann Rechtssubject, wenn die Gesetzgebung die Anerkennung ihrer juristischen Persönlichkeit ausgesprochen hat. **) Jeder Verein, dem diese specielle gesetzliche Genehmigung fehlt, auch wenn er nach Verfassung und Einrichtung factisch das Ansehn einer Corporation hat, ist doch juristisch nicht universitas, obwohl darum noch nicht collegium illicitum, wozu außerdem noch erforderlich ist, daß der von ihm angenommene Zweck zu den im Staat

---

*) L. 85 D. de verb. signif. Neratius Priscus tres facere existimat collegium, et hoc magis sequendum est.

**) L. 1 pr. D. quod cujuscunque univ. nom. Neque societas neque collegium neque hujusmodi corpus passim omnibus habere conceditur: nam et legibus et Senatusconsultis et Principalibus Constitutionibus ea res coercetur — . — Uebrigens ist diese Bestätigung von Corporationen eine gesetzgeberische Handlung, in specie Privilegium, daher sie der Regel nach von der Behörde im Staat ausgeht, welche auch sonst zur Privilegienertheilung befugt ist. Niedere Behörden haben dieses Recht nur durch besondere Verleihung und Auftrag.

verbotenen gehört.*) Eine bestimmte Form giebt es für jene gesetzliche Bestätigung nicht; es genügt die specielle Kunde der Staatsgewalt vom Daseyn und Zweck des Vereins, und die, wenn auch nur stillschweigende, Confirmation seiner corporativen Existenz. Ihre vom Staat sanctionirten Zwecke verfolgt die Mehrheit körperlicher Subjecte dann in der juristischen Form einer Einheit. Aber die universitas hat nicht die Persönlichkeit des Rechtssubjects überhaupt, denn sie ist nur fingirte Person, und widerstreitet der Regel des Rechts, daher der Umfang und Inhalt ihrer Rechtsfähigkeit nicht aus dem regelmäßigen Begriff der Person beurtheilt werden darf. Sie hat immer nur die Persönlichkeit,**) welche das Gesetz ihr speciell verleiht. Die besondere Rechtstheorie kann daher erst aus den individuellen vom Gesetzgeber confirmirten Zwecken einer universitas ihre concrete Natur erkennen und darlegen. Die allgemeine Theorie beschränkt sich auf die Entwicklung der Bestimmungen, welche präsumtiv und regelmäßig jeder Gemeinheit zukommen. Sie interpretirt den gesetzlichen Willen, welcher eine Gesammtheit von Personen als juristisches corpus constituirt, und findet:

1) Daß die universitas diejenige Rechtsfähigkeit haben muß, welche sich als Bedingung des Daseyns und der Erhaltung ihrer Einheit und Persönlichkeit erweist, mithin

a) das Recht, allgemeine und besondere für die Mitglieder der Corporation bindende Regeln (s. g. Conventionalstatute) aufzustellen,***) gegen ihre Uebertretung den Zwecken des Vereins angemessene Strafen zu sanctioniren, endlich auch in Beziehung hierauf über ihre Mitglieder eine in die Wirksamkeit der öffentlichen Gerichte nicht

---

*) L. 3 § 1 D. de collegiis et corpor.

**) Wenn L. 22 D. de fidejussor. sagt: „— quia hereditas personae vice fungitur, sicut municipium et decuria et societas", so heißt das nur, daß die gesetzliche Fiction ihnen rechtliche Persönlichkeit beilegt, nicht aber, daß sie dadurch den physischen Personen an Rechtsfähigkeit ganz gleich seyn sollen.

***) L. 4 D. de colleg. — pactionem, quam velint, sibi ferre —.

eingreifende Jurisdiction (s. g. Conventionalgerichtsbarkeit) auszuüben.*)

b) Das Recht, neue Mitglieder zu recipiren, und für bestimmte Geschäftskreise und einzelne Geschäfte Vorsteher und Geschäftsführer (syndici, actores) zu wählen.**)

c) Das Recht, eine Gemeincasse zu haben, und als äußeres Zeichen ihrer Einheit ein Siegel zu führen.***)

---

*) Z. B. kann die Corporation nicht bloß die Bedingungen der Exclusion eines Mitgliedes festsetzen, sondern auch diese Ausschließung exequiren. Bestimmt sie Vermögensstrafen für gewisse Vergehungen, so versteht sich, daß sie nur dann, wenn ihr dies Recht speciell eingeräumt ist, gegen den Zahlungssäumigen selbst wirklichen Zwang anwenden darf.

**) L. 1 § 1 D. quod cujusc. univ. nom. — habere actorem sive syndicum, per quem, tanquam in republica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur, fiat.

***) L. 1 § 1 D. l. l. — Die Praxis beschränkt das Recht, ein Gemeinsiegel zu führen, auf s. g. ordinirte (vgl. S. 140.) Universitäten und Collegien, und gestattet es anderen Corporationen z. B. Zünften nicht ohne specielles Privilegium. —

Die im Text angeführten Bestimmungen sind nun zwar regelmäßig Merkmale einer universitas; aber es wäre sehr falsch, daraus umgekehrt zu schließen, daß jeder Verein von Menschen, wo sich diese Merkmale finden, den Character einer universitas habe. Es giebt heutzutage in jedem Staat eine Menge von Gesellschaften zu geselligen, gemeinnützigen, mildthätigen Zwecken, welche eine gemeinsame Kasse haben, Vorsteher ernennen, Versammlungen halten, und Beschlüsse fassen, denen sich die Mitglieder statutenmäßig unterwerfen müssen, ohne daß diese doch darum allein schon juristisch universitates genannt werden können. Nur der specielle gesetzliche Wille schafft die Corporation. Vereine der bezeichneten Art sind aber durch ausdrückliche oder stillschweigende Convention der anfänglichen und später aufgenommenen Mitglieder modificirte Societäten (im engern Sinn). Die Modification besteht hier z. B. darin, daß Jeder sich den Maaßnahmen und Beschlüssen der Majorität fügen muß, Keiner ein Ratenrecht am Gesellschaftsgut hat, kein Einzelner durch seinen Austritt oder Tod die ganze Societät vernichtet u. s. w. Die wahre societas beruht nun aber auf totaler Einstimmigkeit der Mitglieder, so daß der durchgeführte Widerspruch auch nur Eines derselben gegen alle Anderen, so wie jede auf andere Art erfolgte Aufkündigung das ganze Gesellschaftsverhältniß nothwendig vernichtet. Hieraus scheint zu folgen, daß die

2) Daß aus den gewöhnlichen Zwecken einer universitas ihre Fähigkeit, in juristischen Vermögensverkehr zu treten, gefolgert werden muß, folglich

a) die Fähigkeit, dingliche Rechte und Forderungen zu haben,*) durch Verträge**) und Delicte***) sich privat-

---

bezeichneten Modificationen der Natur der societas widersprechen, so daß demnach dergleichen Gesellschaften weder zu den römischen societates noch zu den universitates zu zählen seyn würden. Erst in der Lehre von der societas wird Gelegenheit seyn, dies näher auseinanderzusetzen.

*) L. 1 § 1 D. l. l. — habere res communes. L. 12 D. de servitut. L. 56 D. de usufr. — unde sequens dubitatio est, quousque tuendi essent in eo usufructu municipes? et placuit, centum annis tuendos esse municipes. — L. 8. D. quod cujusc. univ. nom. L. 5 § 9 D. de pec. constit.

**) L. 27 D. de reb. cred.

***) Ganz allgemein gilt der Satz, daß die universitas auf Herausgabe der Vermögensvortheile belangt werden kann, welche sie in Folge eines Delicts hat. L. 15 § 1 in f. D. de dolo. L. 4 D. de vi. Auch kann sie überhaupt wegen eines Delicts auf das Interesse in Anspruch genommen werden (L. 9 § 1 D. quod met. caus.), vorausgesetzt, daß sie selbst (durch Majoritätsbeschluß) das Delict begehen kann. Denn wenn z. B. die municipes nicht selbst handeln, sondern die curia als Vertreterin für sie beschließt und ausführt, so kann natürlich gegen die municipes nicht die actio doli gebraucht werden. So ist L. 15 § 1 D. l. l. mit den übrigen Stellen zu vereinigen. —

Im Pandectenrecht eine criminalrechtliche Controverse zu berühren, würde ungehörig seyn, wenn nicht eben diese am klarsten die im Text erwähnte falsche Auffassung des Begriffes der juristischen Person erwiese. Die universitas ist eine juristische Person, folglich, schließt man, ist sie ein Rechtssubject, von welchem Alles gilt, was von der physischen Person, wenn nicht das Gesetz speciell eine Ausnahme macht. Darum kann sie denn auch Verbrechen begehen und rechtlich bestraft werden. Wir dagegen behaupten: die universitas ist nur juristische Person d. h. sie ist es nur durch gesetzliche Fiction, also nie weiter, als das Gesetz dies speciell (ausdrücklich oder implicite) gestattet, und die Annahme der präsumtiven Gleichheit ihrer Persönlichkeit mit der eines physischen Subjects ist falsch. Die universitas kann nun privatrechtlich delinquiren, weil im Privatrecht, wo das Vermögensinteresse vorwaltet, die Fiction der Vertretung anwendbar ist. Im Criminalrecht aber herrscht das Princip der materiellen Wahrheit,

rechtlich zu obligiren, und Besitz *) zu erwerben.

b) Die Fähigkeit, die ihr zustehenden Rechte gerichtlich geltend zu machen.**)

c) Die ihr, als einer persona incerta, ursprünglich mangelnde Successionsfähigkeit aus einem letzten Willen hat sie im spätern Recht erworben.***) Dagegen läßt sich aus der Natur der universitas ihre Fähigkeit zu letztwilligen Verfügungen nicht deduciren. Sie hat zwar freie Disposition über ihr Vermögen, aber nur weil und insofern das für ihre eigne privatrechtliche Existenz als Rechtssubject nothwendig ist. Die Möglichkeit, einen über ihr eignes Daseyn hinaus wirkenden juristischen Willen

---

d. h. das Subject muß selbst das, was das Verbrecherische seiner Handlung ausmacht, (direct oder indirect) gewollt, und gethan haben. Nun aber hat die juristische Person an sich keinen Willen, sondern nur durch die Fiction des sie vertretenden Organs, welches daher nur da für sie juristisch handeln, und wollen kann, wo diese Vertretung zulässig ist. Darum kann sie nur, wo das Gesetz es ausnahmsweise zuläßt, Verbrechen begehen, und gestraft werden. Nicht immer ist, was man vulgär so nennt, juristisch Strafe. Freilich kann die Staatsgewalt (z. B. durch Entziehung von Privilegien, oder Vernichtung ihrer ganzen Existenz) über eine universitas Uebel verhängen, und zwar ohne juristischen Grund, weil sie überhaupt nur eine privilegirte Existenz hat, und man kann das untechnisch „Strafe" nennen; aber juristisch ist nur das Uebel eine Strafe, welches die Folge eines Verbrechens ist. Nun aber kann die Gemeinheit kein Verbrechen begehen, folglich auch im rechtlichen Sinn nicht bestraft werden. Die wenigen Gesetzesstellen, auf welche die Gegner unserer Ansicht sich füglich berufen können, — (Auth. Frieder. item nulla und item quaecunque communitas C. de episcop.) — enthalten durchaus kein Princip, sondern nur ganz vereinzelte Fälle. Noch dazu ist die Bestimmung der zweiten Authentike durch C. 5 de sentent. excommunic. in 6 aufgehoben.

*) L. 2 D. de acquir. poss.

**) L. 1 § 2. 3. L. 8. 9. D. quod cujusc. univ.

***) L. 12 C. de hered. instit. giebt dies Recht zwar nur den civitates, und L. 8 C. eod. scheint für universitates anderer Art (collegia) es von dem Erwerb eines besonderen Privilegs abhängig zu machen. Das heutige Recht bezieht jenes Recht aber auf alle Gemeinheiten ohne Unterschied.

zu äußern, kann aus dem allgemeinen Begriff und Zweck der universitas nicht gerechtfertigt werden. Es bedürfte dazu einer ausdrücklichen gesetzlichen Verleihung, welche aber im gemeinen Recht sich nicht findet.

d) Das Recht, auf die rechtlichen Vorzüge der Minderjährigen, insonderheit das beneficium in integrum restitutionis Anspruch zu machen, haben alle Gemeinheiten, weil sie überhaupt der Vertretung, wie Unmündige, bedürftig sind.*)

Die angegebenen Normen machen das jus commune der universitates aus d. h. sind die regelmäßig für jede Corporation geltenden Bestimmungen, wo nicht die besondere Natur einer Gemeinheit eine Beschränkung nothwendig mit sich führt. Nicht minder aber kann sie durch besondere gesetzliche Verleihung auch eine ausgedehntere Rechtsfähigkeit erwerben. Was in dieser Art häufig vorkommt, ist z. B. Befreiung von öffentlichen Lasten, wahres Jurisdictionsrecht, die Befugniß zur Errichtung von statuta legalia d. h. solchen Statuten, welche, wie wahre Gesetze, auch für Dritte nicht zur Corporation gehörige, welche am Ort, wo jene seßhaft ist, domicilirt sind, verbindliche Kraft haben u. dgl. m.

2. Die gesetzlich constituirte universitas ist Subject, und zwar ein Subject. Ihr, alle einzelnen Arten befassender, Name hebt ihr juristisches Wesen im Gegensatz ihres Substrats, der Mehrheit physischer zu einem Zweck vereinigter Subjecte, treffend hervor.**) Diese Mehrheit ist der bloß factische

---

*) Die geschriebenen Quellen nennen zwar nur Städte und kirchliche Gemeinheiten (L. 4 C. quib. ex caus. major. L. 22 § 2 D. eod. L. 3 C. de jur. reipubl. C. 1. 3 X de restit. in integ.), aber die Praxis dehnt dies aus, und mit Recht, weil alle im Text angeführten allgemeinen Bestimmungen der universitates von civitates hergenommen sind (L. 1 § 1 D. quod cujusc. univ. — ad exemplum reipublicae — tanquam in republica —), und in der Natur der hier vorliegenden Norm kein Grund einer Beschränkung auf Kirchen und Städte zu entdecken ist.

**) Häufig heißt eine Corporation in den Quellen auch societas, durch welchen Ausdruck denn nicht sowohl die Einheit, also das ei-

Inhalt, welcher in dem juristischen Begriff des fingirten einen Subjects völlig aufgeht. Denn für diesen Begriff ist die Erhaltung der ursprünglichen Zahl und Individualität ihrer Mitglieder gleichgültig. Die universitas besteht, wenn auch nur ein einziges Mitglied übrig bleibt.*) Ihr juristischer Gegensatz ist die societas im engern Sinn, welche zwar auch in einer Vereinigung Mehrerer zu gemeinsamen Zwecken besteht, aber eine Communion ihrer Mitglieder d. h. eine ideell getheilte Gemeinschaft der Rechte und Verbindlichkeiten beabsichtigt und hervorbringt. Das Wesen der Societät fordert die Integrität der ursprünglichen Zahl und Individualität ihrer Mitglieder: der Tod und Austritt auch nur eines Einzigen vernichtet das ganze Societätsverhältniß.**) Die universitas besteht trotz des Wechsels ihrer Mitglieder, und hat auch in der Regel keinen bloß temporären Zweck. Die societas dagegen kann nicht auf ewige Zeit gültig eingegangen werden.***) Die universitas ist selbst und allein Subject ihrer Rechtsverhältnisse: sie selbst, nicht das einzelne Mitglied hat das dingliche Recht, ist Gläubiger und Schuldner, nur sie ist im Proceß der rechte Kläger und Beklagte.†) —

Als Rechtssubject hat die universitas bloß die rechtliche Möglichkeit zum juristischen Verkehr. Das wirkliche juristische Handeln kann aber nicht von ihr selbst ausgehen, da sie als bloß fingirtes Wesen keinen Willen hat. Darum schafft die Fiction des Gesetzes ein vermittelndes Or-

---

gentlich Juristische an ihr, als vielmehr ihre Tendenz, nämlich das Zusammenhalten zu einem Zweck bezeichnet wird. Ihre juristische Eigenschaft als Corporation pflegt dann durch den besonderen Zusatz „quae corpus habet" ausgedrückt zu werden. (L. 1 pr. D. quod cujusc. univ. nom.).

*) L. 7 § 2 D. eod. — sed si universitas ad unum redit, magis admittitur, posse eum convenire et conveniri, cum jus omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis.

**) L. 59 pr. L. 63 § 10 D. pro socio.

***) L. 70 D. pro soc. Nulla societatis in aeternum coitio est.

†) L. 7 § 1 D. quod cujusc. univ. nom.

gan, welches den Willen der Gesammtheit repräsentirt. Diese Vertretung kann in zwiefacher Art geschehen:

a) durch die absolute zu einem Beschluß sich vereinigende Majorität der stimmenden Mitglieder. Der Majoritätsbeschluß gilt als Wille der juristischen Person.*) Diese gesetzliche Fiction setzt aber voraus, daß alle Mitglieder der Corporation gehörig convocirt,**) und mindestens zwei Drittheile derselben zur Abstimmung erschienen sind.***)

---

*) L. 160 § 1 D. de reg. jur. Refertur ad universos, quod publice fit per majorem partem. L. 19 D. ad municip. Quod major pars curiae effecit, pro eo habetur, ac si omnes egerint.

**) L. 2 C. de decur.

***) L. 2. L. 3 D. de decret. ab ord. fac. L. 3. 4 D. quod cujusc. univ. nom. L. 46 C. de decur. Diese Stellen sprechen wörtlich nur von civitates und ordo decurionum, wo immer zwei Drittheile die Gesammtheit repräsentiren sollen. Viele Juristen wollen eine Ausdehnung dieser Bestimmung auf alle Universitates nicht zugeben. Nun ist es zwar richtig, daß man in Anwendung der von Curien und Municipien geltenden Normen vorsichtig verfahren muß; aber es ist sehr klar, daß eben die vorliegende Bestimmung durchaus nicht aus einer jenen Corporationen eigenthümlichen Natur geflossen ist. Der hier bestimmende für alle universitates gleich gültige Gedanke der Gesetzgebung ist, daß, um die juristische Person der universitas als handelnd darzustellen, wenigstens eine solche Anzahl von Mitgliedern sich einfinden muß, welche effectiv den Willen Aller auszudrücken vermag. Aber nicht hierauf lediglich gründen wir unsern Schluß, sondern verweisen einfach auf die Bestimmungen der L. 1 § 1 D. quod cujusc. univ., welche, obwohl ursprünglich nur für civitates geltend, doch so wenig mit der besondern Natur dieser Corporationen zusammenhängen, daß man sie unbedenklich von allen hat gelten lassen. Wir fragen, wie an der uns vorliegenden Norm irgend ein Merkmal nachweisbar ist, dessen juristischer Grund in der Eigenthümlichkeit der Curien und Municipien zu suchen wäre? Uebrigens ist auch die Ansicht der Justinianischen Gesetzgebung klar genug dadurch indicirt, daß die fragliche Bestimmung in den generellen tit. D. quod cujuscunque univ. nom. aufgenommen ist. — Man hat ferner auch behauptet, daß nicht die Pluralität aller erschienenen, sondern aller Mitglieder überhaupt für eine Meinung stimmen müsse, um einen gültigen Gemeinheitsbeschluß hervorzubringen. Dafür spricht nichts, auch nicht L. 19 D. ad munic. Denn „curia“ bezeichnet nicht die zufällige gesammte Mitgliederzahl, sondern die juristische Person dieser universitas, welche aber schon durch

b) Durch einzelne physische Personen, welche bestellt sind, im Ganzen oder für bestimmte Geschäftskreise den Willen der Gemeinheit darzustellen. *) In einer nach der Grundverfassung so organisirten Corporation (universitas ordinata) verbleibt häufig den einzelnen Mitgliedern nichts, als die Theilnahme an den aus dem concreten Zweck derselben hervorgehenden rechtlichen Vortheilen und Nachtheilen, so Nutzungsrechte an gewissen dem Gemeingebrauch der Mitglieder überlassenen Vermögenstheilen der Gemeinheit (res universitatis im Gegensatz des patrimonium universitatis), und auf der andern Seite die Pflicht zur Tragung aller für die Erhaltung der Gemeinheit nothwendigen Lasten (munera personalia et realia). Auch kann es geschehen, daß der Gemeinheit in irgend einer Art neben den Vorstehern eine eingreifende mehr oder minder umfassende Thätigkeit in Gemeindeangelegenheiten verfassungsmäßig überlassen wird.

Ueber das durch Beiträge der Mitglieder oder anderswie erworbene Vermögen kann die Corporation in der Regel frei verfügen, daher es auch zum Gemeingebrauch ihrer Mitglieder bestimmen, dessen Maaß und Dauer sie, wenn nicht, wie häufig, sich darüber eine Rechtsgewohnheit unter ihren Gliedern ausgebildet hat, durch ausdrückliches Statut feststellt. Dergleichen Nutzungen sind nun zwar Rechte, welche das Corporationsmitglied nach dem bestehenden Conventionalgesetz geltend machen kann; aber da der Einzelne sie nur in der Eigenschaft eines Mitgliedes und nur durch das Statut hat, dessen Bestehen regelmäßig von dem Willen der Gemeinheit abhängig ist, so kann auch eine Veränderung und Aufhebung solcher Nutzungsrechte, und zwar wie sonst, durch Majoritätsbeschluß

---

die Zahl von zwei Drittheilen der Mitglieder repräsentirt wird. (L. 46 C. de decur. — cum duae partes ordinis totius curiae instar exhibeant.)

*) L. 14 D. ad munic. Municipes intelliguntur scire, quod sciunt hi, quibus summa reipublicae commissa est. — Die Darstellung der Rechtsverhältnisse dieser Vorsteher und Beamten einer universitas wird im Zusammenhang anderer Lehren geliefert werden.

beliebt werden, ohne daß das dissentirende Mitglied rechtlich einen Widerspruch erheben kann, wenn ihm Entschädigung versagt, oder bei einer Entschädigung nicht auf die Größe seines bisherigen Nutzungsrechts Rücksicht genommen wird. Dasselbe gilt natürlich, wenn die Corporation die Nutzungsrechte dadurch aufhebt, daß sie das Gemeingut unter die vorhandenen Mitglieder vertheilt. Eine andere Frage ist aber, ob, wenn sie die Vertheilung beschlossen, aber über die Größe der einzelnen Antheile nicht ausdrücklich verfügt hat, ihr Wille präsumtiv darauf gerichtet ist, die Größe der bisherigen Nutzungen zum Maaßstab der Vertheilung zu nehmen. Dies ist nach unserer Ansicht zu bejahen, weil, wenn kein besonderer Grund zu einer gegentheiligen Annahme nöthigt, zu präsumiren ist, daß die Gemeinheit den Maaßstab, welchen sie in ihrem bisherigen Verfahren als zweckmäßig befolgt hat, auch fernerhin zum Regulativ ihres Verhaltens nehmen wolle.

Die universitas erlischt, wenn irgend eines der ihren Begriff integrirenden Momente wegfällt. Nun ist aber ihre wesentliche Voraussetzung, daß die gesetzliche Auctorität ihre Existenz fortwährend will, und daß beständig ein physisches Subject vorhanden ist, welches sie als juristisch handelndes Wesen vertritt. Darum hört sie auf:

1) Wenn der gesetzliche Wille, durch welchen sie Subject ist, cessirt. Dies geschieht von selbst, wenn der Zweck, für welchen sie constituirt worden, ein temporairer war, und erfüllt ist. Es geschieht ferner ausdrücklich, wenn das Privilegium, worauf ihre Persönlichkeit gegründet ist, widerrufen wird. Was die Gesetzgebung zu einem solchen Widerruf veranlaßt, ist für den Juristen eine durchaus gleichgültige Untersuchung. Sie kann die Zwecke einer bestimmten Gemeinheit überhaupt nicht mehr dulden wollen; sie kann, weil die Corporation willkührlich andere Zwecke angenommen oder die ihr angewiesene Sphäre ihrer juristischen Persönlichkeit ausgedehnt hat, dieselbe, wie man sich unjuristisch auszudrücken pflegt, zur Strafe auflösen u. s. w. Immer ist festzuhalten, daß hier von Urtheil und Recht zwischen der Legislation und der Gemeinheit gar nicht die Rede seyn darf. Als bloß privilegirtes Wesen ist die universitas von dem Willen der Staatsgewalt abhängig, und es

giebt nur politische, nicht juristische Gründe der Aufhebung. Ueber das Schicksal des Corporationsvermögens entscheidet zunächst ebenfalls der expresse Wille der Staatsgewalt,*) wodurch aber natürlich alle diejenigen nicht verletzt werden dürfen, denen durch einen Beschluß der bisher gültig bestandenen Gemeinheit Rechte an ihrem Vermögen eingeräumt worden sind. Erklärt sie sich nicht ausdrücklich, so muß präsumirt werden, daß das Vermögen nicht eingezogen werden, sondern den Mitgliedern als unter ihnen zu vertheilendes Privatgut verbleiben solle. Denn wo in einer bestimmten Sphäre die Staatsgewalt alles darf, was sie will, da muß geschlossen werden, daß sie, was sie nicht thut, auch nicht thun will. Nur da gilt die entgegengesetzte Präsumtion, wo das Gemeindevermögen nach der besondern Natur der universitas irgend eine öffentliche Bestimmung hat. Hier muß angenommen werden, daß, wenn bei der Auflösung die Legislation ihren Willen nicht speciell ausspricht, das Vermögen die Bestimmung einer pecunia publica behalten soll. Im römischen Recht giebt es keine Bestimmung über die rechtliche Behandlung des Vermögens einer wirklich constituirten, später aufgelösten Gemeinheit. Es bestimmt nur den Fall, wenn ein eigentliches corpus illicitum aufgelöst wird. Hier soll das Gemeingut den einzelnen Mitgliedern zur Vertheilung überlassen werden.**) Der Fall ist dem obigen nicht gleich, denn, weil die universitas hier juristisch gar nicht zur Entstehung gekommen ist, so hat das, obwohl mit der Absicht, es zu einem Gemeinvermögen zu machen, eingeschossene Capital noch immer die Eigenschaft eines bloßen Privatguts behalten, worüber denn begreiflich der Staat nicht disponirt. Die Art der Vertheilung bestimmt sich im erst-

---

*) Es muß, um Mißverständnissen vorzubeugen, ausdrücklich bemerkt werden, daß hier an keine bestimmte Verfassungsform gedacht ist. Wer in einem Staat die Macht hat, Privilegien zu geben (der Landesherr als solcher, oder die repräsentirenden Kammern u. s. w.), der kann sie auch aus derselben Machtvollkommenheit wiederum entziehen. Beschränkt ist er hier nur durch die eigene Einsicht der Zweckmäßigkeit, nicht durch juristische Normen. Man kann dann vielleicht über Unpolitik, nicht aber über Ungerechtigkeit klagen.

**) L. 3 pr. D. de colleg. et corporib.

genannten Fall ebenfalls nach dem Willen der Mitglieder. Hat dieser sich aber nicht früher in einem Gemeinheitsbeschluß für den etwanigen Fall der Auflösung ausgesprochen, und können nach der Auflösung auch die ehemaligen Mitglieder (unter welchen nun der Zwang der Stimmenmehrheit nicht mehr gilt) sich nicht darüber vereinigen, so muß als Wille der Gemeinheit der Maaßstab gelten, welchen sie bei Verwendung ihres Vermögens zum Besten ihrer Mitglieder bisher beobachtet hat. Hat nun kein Mitglied bisher vor den Uebrigen irgend eine vorzügliche Berechtigung genossen, so muß eben deshalb eine Gleichtheilung erfolgen.

2) Wenn die Corporation durch den Tod des letzten Mitgliedes ausstirbt. Das Vermögen fällt auch hier unbedingt an den Staat, wenn es bisher zu öffentlichen Zwecken diente. Sonst aber kann man nur zweifeln, ob es juristisch als erbloses Gut oder als res nullius behandelt werden müsse. Denn eine dritte Ansicht, daß der Erbe des letzten Mitgliedes einen Anspruch darauf erheben könne, ist durchaus falsch. Der Verstorbene nämlich, wenn er die Auflösung der Corporation überlebt hätte, würde nur durch seine Eigenschaft als Corporationsmitglied das Vermögen erworben haben, mithin könnte auch der Erbe nur, wenn er als Universalsuccessor auch diese Eigenschaft des Erblassers repräsentirte, dieses Recht ansprechen. Daß nun aber eine solche Eigenschaft nicht vererblich ist, ist wohl klar. Wir entscheiden uns dafür, daß das Gemeindegut nach der Analogie des bonum vacans an den Fiscus falle, und nur dann als herrenlos dem Besitzer verbleibe oder dem Occupanten zufalle, wenn der Fiscus innerhalb vier Jahren *) von seinem Vindicationsrecht keinen Gebrauch gemacht hat. Zwar scheint das, woran die Gesetzgebung bei ihrer Bestimmung über das bonum vacans zunächst gedacht hat, nicht für diese Ansicht zu sprechen, indem sie offenbar ein solches Vermögen voraussetzt, welches, obwohl überhaupt fähig, in den Erbgang zu kommen, doch wegen Mangels testamentarischer Verfügung oder legitimer Erben nicht vererbt wird. **) Das Corporations-

*) L. 10 pr. § 1 D. de divers. temp. praescript.

**) L. 1 L. 4 C. de bon. vacant.

vermögen ist aber weder durch letztwillige Verfügung noch ab intestato vererblich. Dennoch halten wir dafür, daß der wahre Sinn jener gesetzlichen Verfügungen jedes Vermögen umfaßt, welches durch die Vernichtung der Existenz seines bisherigen Subjects herrenlos geworden, und woran Niemand aus irgend einem Rechtstitel ein Successionsrecht geltend machen kann. Der Gesetzgeber spricht vom erblosen Vermögen in jenem beschränkten Sinn, als dem gewöhnlichsten ihm unmittelbar vor Augen liegenden Fall, meint es aber nicht ausschließlich.

3) Durch Beschluß der Mitglieder der Gemeinheit selbst, wenn ihr Zweck ein durchaus privater, mithin ihre eigene Existenz der Willkühr ihrer Mitglieder überlassen ist. Hat die Gemeinheit vor ihrer Auflösung sowohl die Theilung ihres Vermögens, als auch die Theilungsart beschlossen, so ist dieser ihr ausdrücklicher Wille die entscheidende Norm. *) Hat sie aber nur die Theilung, nicht die Größe der Portionen festgesetzt, so ist hier, wie bei einer Theilung ohne Auflösung der Gemeinheit selbst, als ihr stillschweigender Wille zunächst anzunehmen, daß die Größe der bisherigen Nutzungsrechte der Mitglieder den Maaßstab bilden, **) und wenn darnach nichts entschieden werden kann, (z. B. weil solche Nutzungen bisher

*) Wer durch ein Rechtsgeschäft mit der Gemeinde an ihrem Vermögen Rechte erworben hat, darf natürlich nicht durch eine solche Theilung verletzt werden, gleichviel ob es ein Dritter ganz Unbetheiligter oder selbst ein Gemeinheitsmitglied ist, denn dieses gilt hier auch nur als dritte Person. Diese s. g. jura singulorum sind nach gewöhnlichen Rechtsregeln zu beurtheilen.

**) Wir sind weit entfernt, diesen Schluß auf den Willen der Gemeinheit als unbedingt richtig zu behaupten. Es ist möglich, daß aus früheren Handlungen der Gemeinheit ein anderer Wille deutlich erkannt werden kann. Es kann nachgewiesen werden, daß ihre früheren Dispositionen über die Nutzung der Gemeindesachen so auf die concreten Zwecke und Bedürfnisse der Gemeinheit berechnet gewesen, daß aus diesen bloßen Nutzungen ein Schluß auf eine entsprechende Theilung des Gemeinguts zum Eigenthum nicht zulässig erscheint. Was wir behaupten, ist lediglich, daß unser Schluß präsumtiv den richtigen Maaßstab für die Vertheilung giebt, bis für einen bestimmten Fall das Gegentheil nachgewiesen worden ist.

nicht existirten), Kopftheile gemacht werden sollen.*) Wenn endlich die Gemeinheit, ohne über das Gemeingut eine Bestimmung zu treffen, sich aufgelöst hat, so ist dennoch die Vertheilung desselben unter die ehemaligen Mitglieder als beabsichtigt anzunehmen. Diese Behauptung ist aus der Natur einer zu bloßen Privatzwecken errichteten Gemeinheit zu rechtfertigen. Treten Mehrere zusammen, um eine Corporation zu stiften, so ist ihr Verhältniß bis zu der durch die Gesetzgebung erfolgten Constituirung als wirkliche Societät aufzufassen, und die einzelnen Mitglieder haben an den zu dem bestimmten Zweck hergegebenen Beiträgen die gewöhnlichen Societätsrechte. Dies Verhältniß wird suspendirt durch die wirkliche Constituirung als Gemeinheit. Nun ist nach der Absicht der Mitglieder die Einheit das Subject des Vermögens. Löst die Corporation sich später als solche auf, so liegt darin nur die Absicht, das Zusammenbestehen der Mehreren als Einheit (universitas), nicht aber die Vereinigung überhaupt aufzuheben. Vielmehr ist, bis zum Beweis des Gegentheils, anzunehmen, daß nach dem Verlust ihrer Corporationseigenschaft die Einzelnen jetzt als solche in dem rechtlichen Verhältniß einer juristischen Gemeinschaft zueinander stehen wollen, bis die reelle Theilung, welche in ihrer Absicht liegt, wirklich erfolgt ist. Dies bezieht sich aber nur auf diejenigen, welche bis zum letzten Augenblick als Mitglieder der Gemeinheit vereinigt blieben. Nur für diese ist es wahr, daß ihre Vereinigung trotz der Aufhebung ihrer Existenz als Einheit präsumtiv fortdauert: denn bis dahin war Beides unzertrennlich, und der Austritt Einzelner aus der Corporation involvirte daher für sie eine völlige Lossagung von der Vereinigung und allen ihren eventuellen Folgen.**)

---

*) Aus der bisherigen Entwicklung wird wohl klar genug seyn, daß wir nicht gemeint sind, diesen Satz aus dem falschen, in manchen Schriften über diese Materie an die Spitze gestellten Princip, daß die einzelnen Mitglieder pro rata Rechte an dem Gemeingut haben, rechtfertigen zu wollen. Wir meinen nur, daß, wenn die universitas durch keine frühere Verfügung eine Ungleichheit in dem Maaß der Berechtigung ihrer Mitglieder anerkannt hat, und dann bei der Vertheilung den Maaßstab derselben unbestimmt läßt, ihr Wille positiv vorliegt, auch jetzt keine Ungleichheit obwalten zu lassen.

**) Aus dem Obigen folgt nicht etwa, daß nun die Größe der bis-

B. Stiftungen zu religiösen oder gemeinnützigen Zwecken, Kunstanstalten und Institute ähnlicher Art. *)

In der heutigen Doctrin sind alle wesentlichen Puncte dieser Lehre bestritten: so, ob dergleichen Stiftungen überhaupt juristische Persönlichkeit haben, ferner, die Persönlichkeit vorausgesetzt, was an ihnen eigentlich als das juristische Subject anzusehen sey, ob sie specieller gesetzlicher Bestätigung bedürfen u. s. w. Bei diesem Zustand der Lehre läßt eine Entwicklung des Begriffes der piae causae sich nur dadurch geben, daß man auf die wichtigsten Beziehungen des Streits eingeht:

1) Diejenigen, welche einverstanden sind, daß piae causae Rechtssubjecte sind, pflegen zu fragen, an welchem einzelnen Moment die juristische Personification hafte, oder was hier als das fingirte Subject aufzufassen sey? Zu einer solchen Stiftung gehört ein Vermögen, ein Fond, welcher nach dem Willen des Stifters (eines Privaten oder des Staats) zu einem bestimmten Zweck, nämlich in der Regel zum Besten gewisser Personen verwandt werden soll. Viele halten es nun für das gerathenste, jenes Vermögen oder das dafür Angeschaffte (z. B. das erbaute Haus, die Kirche) als das Rechtssubject gelten zu lassen. Andere finden es bedenklich, solche bloße Objecte zu personificiren, und schlagen vor, doch lieber die Personen, denen das Capital zu Gute kommen soll (z. B. bei einer Armenanstalt die Armen, bei einem Hospital die Kranken) als eine unbestimmte Einheit, als die incerta persona, zum juristischen Subject zu machen. Noch Andere nennen es absurd, sich die Armen, Kranken u. s. w. hier als berechtigt,

---

herigen Einschüsse den Maaßstab der Theilung abgeben sollen, indem wir vielmehr behaupten, daß die bloße Vereinigung als besondere Eigenschaft während des Bestehens als Corporation juristisch gar nicht hervortritt, folglich auch nicht für die Zukunft als juristisches Princip wirksam seyn kann.

*) Der Ausdruck „piae causae", welcher von den dem römischen Recht bekannten Zwecken solcher Stiftungen hergenommen ist, paßt zwar heutzutage nicht mehr, wo eine Erweiterung dieser Zwecke anerkannt ist. Jedoch werden wir der Kürze halber ihn im Folgenden repräsentativ für Stiftungen jeglicher Art gebrauchen.

verpflichtet, Processe führend vorzustellen, und meinen, man müsse von den Personen, welchen der Fond zu Gute kommen soll, ganz abstrahiren, und der Anstalt selbst, der Stiftung d. h. dem gestifteten Institut als solchem die Persönlichkeit beilegen. Wir halten dafür, daß schon die aufgeworfene Frage selbst Unklarheit über das Wesen juristischer Personen verräth, und daß so gar nicht gefragt werden darf. Die Unfähigkeit, sich ein Rechtssubject ohne materielle Unterlage vorzustellen, das Bedürfniß, ein körperliches Substrat zu haben, an welches sie die Persönlichkeit gleichsam angeheftet sich denken können, treibt Viele zu jener Frage. Unklar gedacht, aber eigentlich gemeint ist, daß ein bloß juristisches Subject nicht ohne körperliche Vertretung im Staat handelnd erscheinen kann. Eine solche Vertretung hat nun die pia causa auch immer, nämlich Administratoren,*) welche entweder vom Stifter selbst eingesetzt, oder, wenn die Stiftungsurkunde nicht dafür gesorgt hat, unmittelbar nach gesetzlicher Vorschrift (gewöhnlich vom episcopus oder oeconomus sacrosanctae ecclesiae) **) bestellt werden, in der Regel durch eine mehr oder minder bestimmte Vorschrift des Stifters die Norm ihres Verhaltens bekommen, und wenigstens immer von kirchlichen oder weltlichen Oberen in der Handhabung ihres Geschäfts überwacht werden.***) Aber das eigentliche Rechtssubject ist das gesetzlich bloß fingirte Wesen, welches körperlich gar nicht ist, wohl aber alle die Momente zusammengenommen voraussetzt, von denen jede der oben genannten Ansichten eines als das allein wesentliche hervorhebt. Es soll hier gar nicht abstrahirt werden, weder von den Personen, denen die Stiftung zu Gute kommt, noch von dem Vermögen, welches verwandt wird: denn die Stiftung ist nichts

*) Sie kommen je nach Art der Stiftung unter verschiedenen Namen in den Quellen vor, z. B. xenodochi, ptochotrophi, brephotrophi, orphanotrophi, nosocomi, gerontocomi, genereller oeconomi, piarum actionum curatores, gubernatores.

**) L. 46 § 3 C. de episcop. et cler. Auch übernimmt der episcopus häufig unmittelbar die Verwaltung in Ermangelung bestimmter Administratoren: Nov. 131 c. 11.

***) Nov. 131 c. 7. 10. 11. Hier wird auch der civilis judex als oberaufsehende Behörde genannt.

anderes, als die vom Willen des Stifters angeordnete bestimmte Beziehung, worin der Fond zu jenen Personen gesetzt ist. Alle diese sind gleich wesentliche Merkmale für den Begriff der pia causa, und alle zusammengenommen sind Grund seiner Entstehung. Es ist mit jenem Streit, als wenn man bei der universitas fragen wollte, ob die Mehrheit physischer Personen, oder der Zweck ihrer Vereinigung, oder die vom Gesetzgeber ausgehende Stiftung der Einheit das eigentliche Rechtssubject sey. Keins dieser Momente ist für sich die juristische Person, aber alle sind Bedingung ihrer Entstehung.

2) Man hat die selbstständige Persönlichkeit der piae causae ganz geläugnet, und behauptet, daß solche Stiftungen immer als Verfügungen anzusehen sind, wodurch einer Gemeinheit (in der Regel einer Kirchengemeinde) ein Capital mit der speciellen Auflage zugewandt wird, es zu gemeinem Nutzen, zu religiösen Zwecken u. s. w. zu verwenden. Zunächst ist nun allerdings einzuräumen, daß Stiftungen diese beschränkte Tendenz haben *können*. Auch wird man es nicht unpassend finden, wenn letztwillige Verfügungen, wodurch die ecclesia (als Gemeinde) honorirt wird, legata s. relicta ad pias causas, ad pios usus genannt werden. Ob es aber bloß die Absicht einer Stiftung sey, religiösen oder weltlichen Corporationen als schon bestehenden Rechtssubjecten zu dienen, oder auch denselben zu ihrer Entstehung förderlich zu seyn, das kann begreiflich nur aus einer Interpretation der Verfügung des Stifters ersehen werden. *) Nur muß durchaus geläugnet werden, daß eine solche Absicht des Stifters schon von selbst daraus hervorgehe,

---

*) Der Stiftungsfond ist hier eine bloße res universitatis, die Corporation das Subject, welches berechtigt und verpflichtet ist. Die practische Folge ist, daß auch die Corporation selbst mit ihrem übrigen Vermögen haftet, wenn das Capital, welches die besondre Eigenschaft eines Stiftungsfond hat, zur Deckung einer contrahirten Schuld nicht hinreicht. Diese Eigenschaft *verpflichtet* nämlich die Corporation nur, das Vermögen zu dem vom Stifter bestimmten Zweck anzuwenden, *berechtigt* sie aber nicht, sich gegen ihre Creditoren darauf zu berufen, weil eben vorausgesetzt ist, daß sie selbst hier das Rechtssubject ist, und der Stiftung die selbstständige Persönlichkeit mangelt.

daß das Stiftungscapital zum Besten gewisser zu einer Commüne gehöriger Subjecte z. B. der Armen einer Stadt verwandt werden soll, oder daß die Vorsteher und Beamten solcher Corporationen als Administratoren des Fond eingesetzt sind. Dergleichen beweiset wohl den innigen *factischen* Zusammenhang einer Stiftung mit solchen Corporationen, nicht aber einen nothwendigen Mangel selbstständiger juristischer Persönlichkeit. Wir könnten die Frage, ob piae causae eine von den Corporationen getrennte juristische Persönlichkeit haben *können*, auf sich beruhen lassen, da schwerlich geläugnet werden kann, daß eine entschiedene Praxis dafür spricht, und die Fälle nicht selten vorkommen, wo die Vorsteher von Stiftungen mit Corporationen, denen sie nach jener Ansicht als bloße Objecte angehören müßten, contrahiren und Processe führen. Aber es ist auch nicht schwer, darzuthun, daß die Quellenzeugnisse, auf welche jene Ansicht sich beruft und woraus sie etwa die Gesetzwidrigkeit der Praxis behaupten möchte, durchaus nicht widersprechend sind. *) Uebrigens verhält es sich mit der

---

*) Die L. 49 C. de episcop. bestimmt, wie eine letztwillige Verfügung, wodurch generell pauperes oder captivi zu Erben eingesetzt sind, verstanden werden soll. Zunächst soll die Armenanstalt des Orts, wo der Testator sein Domicil hatte, als honorirt gelten (§ 3). Giebt es an dem Ort mehrere Anstalten der Art, so gilt die ärmere als instituirt (§ 5). Findet sich aber dort gar keine solche Stiftung, so soll der oeconomus sacrosanctae ecclesiae oder der episcopus die Erbschaft annehmen, aber das *ganze* Stiftungscapital (ohne Abzug der Falcidia) zum Besten der Armen des Orts verwenden (§ 6). Dasselbe gilt, wenn unbestimmt captivi instituirt sind (§ 2). Hieraus ist nun zu ersehen, daß piae causae nicht durch *Erbeinsetzung* erst *gestiftet* werden, oder, daß sie nicht im Testament *zugleich* errichtet und als Erben instituirt werden können, nicht aber, daß eine solche Institution nicht dennoch als Stiftung der pia causa aufrecht erhalten werden soll. Vielmehr ist deutlich gesagt, daß die ecclesia oder ihre Vorsteher nur deshalb formell Erben seyn sollen, weil eine Erbeinsetzung nicht ohne schon vorhandenes Subject möglich ist, aber den Fond doch wirklich zur beabsichtigten Stiftung verwenden sollen. Eine solche den Regeln des Erbrechts widersprechende Verfügung wird also materiell doch als Stiftung einer pia causa aufrecht erhalten. (Dem entsprechend läßt auch L. 28 C. eod. die Errichtung einer Stiftung in redemptionem captivorum durch Legat oder Fideicommiß ganz allgemein zu, ohne daß dabei eine schon bestehende Anstalt der Art irgend-

pia causa wie mit der universitas, daß der Umfang ihrer Rechtsfähigkeit nicht nach der einer physischen Person zukommenden ermessen werden darf. Sie hat präsumtiv nur diejenige vermögensrechtliche Fähigkeit, deren sie zu ihrer Existenz und Fortdauer unumgänglich bedarf (z. B. als Creditor oder Debitor in Obligationsverhältnisse zu treten), und eine darüber hinausgehende nur durch specielle gesetzliche Concession, welche aber in mancherlei Beziehungen wirklich erfolgt ist (z. B. ist sie erb- und legatsfähig; das Stiftungsvermögen hat die Privilegien der bona ecclesiastica u. s. w.).

3) In einem nahen Zusammenhang stehen die drei Fragen:

a) Bedarf die pia causa zu ihrer Errichtung der speciellen Genehmigung der Staatsgewalt?

b) Kann sie auch durch Erbeinsetzung errichtet werden?

c) Darf eine Stiftung heutzutage andere als die dem römischen und kanonischen Recht bekannten Zwecke haben?

Die erste Frage kann aus der Natur der juristischen Person allein nicht beantwortet werden. Denn wenn sie auch als bloß fingirtes und der Regel des Rechts widerstreitendes Subject nur durch jus singulare constituirt werden kann, so bedarf es dazu doch nicht nothwendig eines eigentlichen Privile-

---

wie vorausgesetzt wird). Die Vorsteher der Corporation sind hier also nominell Erben, um nämlich das Testament überhaupt aufrecht zu erhalten, der Wirklichkeit nach aber nur die Vertreter der im Testament errichteten pia causa. Die Nov. 131 c. 11 bezeichnet den Bischof des Orts, wo der Testator domicilirt war, als die Behörde, welche die genaue Erfüllung der vom Testator vorgeschriebenen Stiftung beaufsichtigen, und, wenn keine Administration angeordnet ist, selbst die unmittelbare Aufsicht über die gehörige Verwendung übernehmen soll. Aus dieser Stellung ersieht man wohl, daß die pia causa unter den Schutz der Kirche gestellt war, nicht aber, daß sie keine persönliche Selbstständigkeit habe, welche sich damit sehr wohl verträgt. Dasselbe verfügt c. 17 X de testam. Das c. 11 X eod. beweiset, was sich schon nach römischem Recht von selbst versteht, daß auch der ecclesia selbst ein Legat hinterlassen werden kann, und daß eine solche Verfügung auch legatum ad pias causas d. h. Vermächtniß zu frommen Zwecken genannt wurde, was man, wenn es hier auch nicht gesagt wäre, ohnehin nicht bezweifeln würde.

gium. Mit andern Worten: es kann keine neue Gattung juristischer Personen im Staat eingeführt werden ohne Sanction der gesetzgebenden Gewalt; aber die Nothwendigkeit einer jedesmaligen speciellen Cognition und Bestätigung bei Constituirung jeder einzelnen juristischen Person folgt daraus nicht. Falsch ist es auch, hier, wo es sich von Constituirung einer pia causa handelt, die Analogie der Errichtung von Corporationen herzuziehen, wenn es anders richtig ist, daß diese Stiftungen besondere Persönlichkeiten sind, obwohl sie factisch mit Gemeinheiten in Verbindung gesetzt seyn können. Ein specielles Privilegium kann man für die Entstehung einer juristischen Person nur da verlangen, wo die Gesetze dies ausdrücklich vorschreiben.*) Das römische Recht nun, wo es von Errichtung einer pia causa durch letzten Willen handelt (vgl. S. 149.), fordert zwar nicht eine voraufgehende ausdrückliche obrigkeitliche Bestätigung, giebt aber durch die den Kirchenoberen dabei eingeräumte Concurrenz zu erkennen, daß es die nähere Beaufsichtigung des Zwecks für nöthig erachtet. Es versteht sich, daß nach dem Geist der damaligen Zeit für die Cognition und Bestätigung einer Stiftung zu frommen Zwecken auch nur die kirchliche Obrigkeit die competente und passende Behörde seyn konnte. Das kanonische Recht**) verlangt ausdrücklich zur Errichtung von Wohlthätigkeitsanstalten, und Erbauung von Klöstern und Kirchen die Bestätigung der geistlichen Behörde. Heutiges Tags haben nun nicht nur manche Arten der schon den römischen und kanonischen Quellen bekannten piae causae z. B. Wohlthätigkeitsanstalten ihr einseitiges religiöses Interesse und dadurch ihre innige Verbindung mit der Kirche verloren,

---

*) Wer meint, die Nothwendigkeit einer speciellen privilegirenden Verfügung verstehe sich nach der Natur der juristischen Person von selbst, und zugleich die hereditas jacens als juristische Person anerkennt, müßte das auch von dieser behaupten. Dies wird aber wohl keinem Juristen einfallen. Diese einfache und nahe liegende Anwendung beweiset schon die Unrichtigkeit jenes angenommenen Grundsatzes.

**) C. 10. Caus. 18. Q. 2. — neminem quidem uspiam aedificare neque constituere monasterium vel oratoriam domum praeter sententiam episcopi civitatis. — C. 4. X de religios. domib. — quod si locus ad hospitalitatis usum et pauperum provisionem fuerit, sicut moris est, auctoritate pontificis destinatus — .

sondern es giebt jetzt auch eine Menge neuer Stiftungen z. B. wissenschaftliche Bildungsanstalten, Kunstinstitute, welche von Grund aus in keinem Zusammenhang mit der Kirche stehen. Bei diesen muß denn nach dem Geist des gemeinen Rechts ebenfalls eine Bestätigung, und zwar durch die weltliche Obrigkeit, gefordert werden. Hiernach erscheint auch die dritte der oben aufgeworfenen Fragen als ganz überflüssig, weil jeder mögliche Zweck einer Stiftung eben dadurch juristisch sanctionirt wird, daß die Staatsgewalt ihn anerkennt und bestätigt. Jeder Zweck, welchen der Staat als mit dem Staatswohl verträglich ausspricht, ist dadurch ein rechtlicher.

Endlich die zweite Frage ist (nach der oben S. 149 gegebenen Entwicklung) dahin zu beantworten, daß zwar eine wahre Erbeinsetzung einer juristisch noch nicht bestehenden pia causa unmöglich ist,*) dennoch aber eine solche letztwillige Verfügung nach der Absicht des Stifters aufrecht erhalten, und von der Obrigkeit des Orts, wo der Testator sein Domicil hatte, ausgeführt werden muß. Die Erbschaft fällt der Commüne zu, muß aber von ihr oder ihren Vorstehern ohne Abzug dem Zweck der Stiftung gemäß verwandt werden.

### C. Hereditas jacens.

Dies ist diejenige juristische Person, welche voraussetzt, daß ein Vermögen seines bisherigen Subjects durch den Tod beraubt, und von dem, welchen Testament oder Gesetz dazu berechtigt, noch nicht erworben worden ist. Das Subject, welches die Person des Erblassers vertritt,**) existirt nur in der gesetzlichen Fiction. Hier beruht die Entstehung der ju-

*) Man muß diese Frage nur nicht, wie es häufig geschieht, mit der andern verwechseln, ob eine pia causa als incerta persona zum Erben ernannt werden kann. Die Gesetze gestatten eine solche Institution, setzen aber dabei voraus, daß die im Testament honorirte pia causa schon als wirkliches Rechtssubject existirt.

**) L. 22 D. de fidejuss. Hereditas personae vice fungitur —. § 2 I. de hered. instit. — nondum enim adita hereditas personae vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti —. L. 15 pr. D. de interrogat. in jur. — quia domini loco habetur hereditas. L. 16 D. de obligat.

ristischen Person auf **allgemeinem** Ausnahmsrecht, und sie fordert keine specielle Bestätigung durch Privilegium. Ihre Rechtsfähigkeit bezieht sich zunächst auf die Conservation der in der Erbmasse befindlichen Vermögensrechte und Verbindlichkeiten: denn nach juristischer Consequenz war die Aufrechthaltung dieser Rechtsverhältnisse nur durch die Fiction selbständiger Persönlichkeit der hereditas möglich zu machen. *)

D. **Fiscus** ist das wegen und zum Zweck des Staatsvermögens fingirte Rechtssubject. Er ist der Staat, in sofern dieser nicht als solcher, sondern als privatrechtliches Subject in vermögensrechtlichen Beziehungen berechtigt und verpflichtet seyn kann. Der Staat ist nicht etwa noch außerdem ein privatrechtliches Subject, sondern ist überhaupt **nur als fiscus** ein privatrechtlicher Begriff. Der wissenschaftliche Begriff des Staats liegt außer dem Bereich der privatrechtlichen Theorie, und es ist durchaus falsch, den civilrechtlichen Begriff von universitas auf ihn anzuwenden. **) Der fiscus ist durch seine Veranlassung (nämlich das Staatsvermögen) ein von der universitas und den übrigen Arten juristischer Personen verschiedenes Subject. Viele singuläre Gesetzesbestimmungen haben seine Rechtsfähigkeit über das gewöhnliche Maaß der den juristischen Personen sonst zukommenden Persönlichkeit erweitert.

---

*) Nur auf das **Haben** der schon **begründeten** Rechte und Verbindlichkeiten bezieht sich zunächst die Fiction der Fortexistenz des verstorbenen Erblassers. Denn was die Vermehrung oder Verminderung des vorhandenen Vermögens d. h. den Erwerb neuer Rechte oder die Eingehung neuer Verbindlichkeiten betrifft, so bedarf die hereditas jacens, als bloß fingirte Person, wie jedes bloß juristische Subject, der Vertretung. Das Nähere über ihre Rechtsfähigkeit und Vertretung ist im Erbrecht darzustellen.

**) Der Staat ist die lebendige Einheit der Vielheit der Menschen, der in Wissen, Wollen und Handeln thätige objective Geist, welcher individuelle für sich und durch sich bestehende Einheit ist. Aber diese Einheit ist nicht die juristische universitas. Universitas ist immer nur der bestimmte Begriff, welchen das Recht so bezeichnet, also das Subject, welches vom Staat erst seine rechtliche Existenz erhält, und eine innerhalb des Staats constituirte Vereinigung mehrerer physischer Subjecte voraussetzt.

Diese besonderen Rechte des fiscus werden zweckmäßiger in den einzelnen betreffenden Lehren angeführt.*)

## Drittes Capitel.

## Recht und Verbindlichkeit.

### §. 9.

### Einleitung.

Recht ist Rechtsproduction: das Werden des Rechts, nicht das gewordene, nicht das seyn sollende. Es ist der allgemeine Wille, welcher gegen das Unrecht d. i. den subjectiven in seiner Particularität verharrenden Willen sich geltend macht, in der lebendigen That dieses Sieges sich selbst hervorbringt, und dadurch seinen Begriff, wie er abstract in Form des Gesetzes erscheint, realisirt. Das diese Willensorganisation integrirende Moment ist, daß das Recht die Form abstracter Allgemeinheit, welche es als Gesetz noch hat, abwirft: das Recht wird ein Recht. Das einzelne Recht (Befugniß, s. g. Recht im subjectiven Sinn) ist die concrete Einheit des Staats- und Einzelwillens. Denn der subjective Wille, als die bloß durch die Kraft des Subjects bestehende Willkühr, ist, indem er diese seine abstracte Subjectivität opfert, und nach dem Willen des Gesetzes sich bestimmt, selbst der concret gewordene objective Wille: er ist nun der durch den Willen Aller sanctionirte und gesicherte Wille des Subjects, der Wille, welcher darf d. h. die durch den Staat guarantirte Möglichkeit zu einer bestimmten Aeußerung, einem bestimmten Handeln hat. Das Recht ist entstanden (jus quaesitum), und der Mensch ist wirkliches Rechtssubject, wenn er die gesetzlichen Merkmale d. i. die gesetzlichen Voraussetzungen des Erwerbs in sich vereinigt.

*) Eine Uebersicht findet man bei Mühlenbruch Lehrbuch des Pandectenrechts Bd. I. § 202.

Dem Recht entspricht die Pflicht: kein Recht ohne Pflicht. Das Recht ist ein bestimmtes Dürfen, die Pflicht ein bestimmtes Sollen, jenes die (durch das Gesetz gegebene) Möglichkeit, diese die Nothwendigkeit eines bestimmten Wollens und Handelns. Dieser Character des Rechts, daß es nothwendig immer einen Willen negativ oder positiv gebunden hält, ist nicht ein willkührlich erdachter naturrechtlicher, sondern der wirkliche im heutigen Staat anerkannte Begriff. Es ist das im gegenwärtigen Staat völlig durchgedrungene sittliche Wesen des Rechts, daß es nur als Verhältniß von Subject zu Subject, von Willen zu Willen gilt. Das Object des Rechts (juristisches Object) ist jetzt immer der Wille; der bestimmte factische Inhalt, das practische Interesse, der bestimmte sinnliche oder sittliche Zustand, dessen factische Verwirklichung das Subject bezweckt, ist nur das factische oder practische Object des Rechts. In diesem factischen Object treffen das Dürfen und Sollen, Recht und Verbindlichkeit zusammen. Das römische Recht, selbst in seiner spätesten Entwicklung kennt noch ein Recht, welches unmittelbar am Object, am Unfreien (d. h. dem, was nur Object, nicht Subject seyn kann) haftet. Denn es bleibt dort der Grundcharacter des Eigenthums, daß es als ein unmittelbares Verhältniß zur Sache gilt, daß der Gegenstand, welcher unmittelbares Object des practischen Interesse ist, auch unmittelbares Object des Rechts ist. *)

---

*) In der absoluten römischen Republik ist die unmittelbare Quelle des Rechts der Wille des Einzelnen, also die Willkühr, welche aber zugleich dadurch rechtlich ist, daß diese Unmittelbarkeit der Herrschaft des Einzelwillens allgemeiner Grundsatz ist, welcher für jeden paterfamilias gilt. Hier kann der Wille nur dann den Willen gebunden halten, wenn dieser sich selbst bindet; sonst kann er nur die res, das Unfreie, zum juristischen und zugleich practischen Object haben. Die Entwicklung des römischen Rechts ist nun zwar die successive Befreiung von diesem republikanischen Princip, und die römische Nation arbeitet sich durch Gesetzgebung und Jurisprudenz in die Gebundenheit hinein; aber so lange das römische Wesen dauert, ist seine natürliche Grundlage noch immer jenes republikanische Princip, an dessen völliger Besiegung es sich erschöpft, und das es nie ganz abwirft. Der heutige Staat ist von Grund aus sittliche Einheit, compacte Gebundenheit, und der Einzelne hat die Sphäre seiner Freiheit, seines Rechts, nur durch den im Gesetz repräsentirten Willen Aller.

Ein Recht ist Recht durch Anerkennung und Schutz des Staats, welcher präsent ist im Organ des Gerichts. Daher *manifestirt* es sich *als Recht* erst, wenn es verletzt, im Gericht für sich diese Anerkennung, und gegen die Pflicht den Zwang des Staats aufruft. Vorher im Zustand der Unverletztheit ist es nur die Möglichkeit dieser practischen Aeußerung, Grund eines Rechtsmittels. Diese gerichtliche Geltendmachung kann nun zwar regelmäßig in der doppelten Form des Angriffs oder der Vertheidigung geschehen, und das Recht als noch ruhendes, unthätiges ist daher die Möglichkeit der Klage oder Exception (eventuelles Klag- und Exceptionsrecht); aber wirklich vorhanden ist dieser Unterschied der Form erst bei der processualischen Durchführung des Rechts, daher eine Verletzung des Rechts dasselbe nicht in seiner Eigenschaft als bloßes Klagrecht *oder* Exceptionsrecht, sondern als den noch indifferenten Grund von Klage und Exceptio angreift. *) Die auf das Practische gerichtete Anschauung der Römer erfaßt das Recht als das in Bewegung gesetzte, kämpfende, thätige, und bezeichnet es deshalb vorzugsweise mit dem von dieser Thätigkeit hergenommenen Namen „actio". **) Auch befaßt die römische Terminologie unter agere im weitesten Sinn jede Form jener vor Gericht entwickelten Thätigkeit, sowohl die Klage als Exception. ***) Dagegen nimmt unsere abstrahirende Betrachtung das Recht zunächst als das friedliche, ruhende, in

---

Hier erscheint das Recht nur in der höheren sittlichen Form eines Nexus von Willen.

*) Es ist dies ein Princip, welches die Frage über die Wirkungen der Klagverjährung entscheidet.

**) Actio ist eventuelles abstractes Klagrecht (pr. I. de actionib. — Actio autem nihil aliud est, quam jus persequendi in judicio, quod sibi debetur. L. 51 D. de obligat.) ferner concret begründetes Klagrecht, und endlich processualische Klage. Was wir „Recht" nennen, faßt die römische Vorstellung am liebsten als die Möglichkeit, zu klagen. Das römische Recht hat nicht einmal einen gleich umfassenden Ausdruck für das, was heutzutage ziemlich allgemein dingliches Recht genannt wird.

***) L. 1 D. de except. Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur: nam reus in exceptione actor est.

dem Zustand, wo es unangefochten seinen practischen Inhalt unmittelbar hat, als das Recht an sich, welchem der Genuß seines factischen Objects gelassen oder geleistet wird. Die Wissenschaft aber begreift, daß das Recht in diesem bloß natürlichen Zustand nicht als Recht offenbar wird, nicht zur vollendeten Entwicklung gedeiht, welche es durch die concrete Anerkennung des Staats erst erhält. Bis dahin sind Recht und Pflicht problematisch, ihre Befriedigung und Erfüllung zufällig. Das Recht muß in Streit und Prüfung gehen, wenn es seinen Begriff ganz entwickeln soll: erst durch das den Zweifel definitiv lösende **Urtheil** des Gerichts ist es das geprüfte entschiedene wirkliche Recht.

Das Recht wird zu seiner auf concrete Verwirklichung zielenden Thätigkeit getrieben durch das **Unrecht** d. i. den subjectiven Willen, welcher nicht durch den allgemeinen (objectiven) Willen sich bestimmen läßt, sondern bloß für sich, also willführlich sich selbst bestimmend, eben hierdurch das nach dem Gesetz erworbene Recht (als den concret gewordenen objectiven Willen selbst) verletzt. Das so durch die Verletzung negirte, und zum Handeln angeregte Recht ist **actio (exceptio) nata**, concret begründetes Klagrecht (Exceptionsrecht). In diesem Zustand der Verletztheit nimmt das Recht, wenn es auch an sich eine so beschränkt relative Natur nicht hatte, stets einen persönlichen Character an: denn die Verletzung geht aus von einem bestimmten Subject, welches hierdurch sich verpflichtet, das **Unrecht** wieder aufzuheben, und den Verletzten berechtigt, diese Aufhebung zu fordern. Endlich in der wirklichen Ausübung dieses concreten Klag- oder Exceptionsrechts, als Klaghandlung oder Exceptionshandlung (processualische **actio** und **exceptio**) hebt das Recht, indem es gerichtliche Anerkennung sucht, die Verletzung, seine Negation, auf, und realisirt sich positiv. *)

---

*) Die Eigenschaften und Unterschiede, welche das Recht vor diesem Stadium seiner Entwicklung nur als mögliche, reell nicht vorhandene, in sich begreift (Begriff des Rechts oder das Recht als bloßer Begriff), gelangen nun zum wirklichen Daseyn: das Recht erscheint als Recht. Hoffentlich wird es im Text bestimmt und deutlich genug gesagt seyn, daß man auch ein Recht haben, und zum

Nach den erörterten Gesichtspuncten wird nun das Recht zunächst als abstractes Klag- und Exceptionsrecht, dann als verletztes Recht oder concretes Klagrecht, und endlich werden die privatrechtlichen Wirkungen der wirklichen gerichtlichen Geltendmachung des Rechts behandelt werden.

## Erste Abtheilung.

### §. 10.

Es wird hier vom Recht nur als dem Grund der Klage und Exceptio gehandelt, daher:

### A. Vom Recht als Klagrecht.

Allen Klagrechten ist gemein, daß ihr unmittelbares Object der Wille ist, daß sie ihre Wurzel haben in dem geltenden Recht des Staats, daß sie gegen den Verletzer auf Zwang zur Aufhebung oder Ausgleichung der Verletzung gehen, daß diese ihre Kraft immer nur eine bestimmte Zeit dauert, und daß sie ihre concrete Anerkennung und Verwirklichung durch die richterliche Thätigkeit erlangen. Aber jedes dieser Kriterien involvirt wiederum eine Menge von Unterschieden, welche eine besondere Betrachtung erfordern. Darum wird hier gehandelt:

1) Von den dinglichen und persönlichen Rechten, oder, nach der practischen Bezeichnung der Römer, den **actiones in rem***) und **actiones in personam**.

---

practischen Inhalt desselben gelangen kann ohne Zank und Streit, und ohne wirklichen Zwang des Staats. Nichts desto weniger bleibt es wissenschaftlich wahr, daß ein solches Recht noch nicht zur völligen Entwicklung seines Wesens gelangt ist, aus dem einfachen Grunde, weil seine Merkmale nicht wirklich geworden sind. Es geht das Wesen des Rechts und dessen Entwicklung nichts an, wenn die Pflichterfüllung aus subjectiven, also moralischen Motiven geschieht; es ist das kein Merkmal des Rechts. Das Recht leistet, was es als solches leisten soll, wenn es zu concret objectiver Anerkennung gelangt, und die Selbstentwicklung zu diesem Ziel hin ist das Leben des Rechts.

*) „Actio in rem" wird zwar auch in einem weiteren Sinn ge-

Diese Eintheilung wird mit Recht summa divisio actionum genannt, *) denn sie begreift alle Rechte, welche durch eine Klage geltend gemacht werden können.

Das dingliche Recht verpflichtet allgemein Jeden, aber auch Jeden nur allgemein, bindet auch nicht aus einem besonderen, sondern dem allgemeinen Grunde seiner gesetzmäßigen Existenz. **) Die dingliche Pflicht ist negativ, denn sie schließt das Subject von jeglicher Einwirkung aus, wodurch dem dinglichen Recht sein specieller factischer Inhalt geschmälert oder entzogen werden würde. Dieses Recht geht nicht auf eine bestimmte Leistung, sondern fordert eine generelle Anerkennung, welche darin besteht, daß der Verpflichtete jede dem Recht entsprechende Einwirkung des Berechtigten auf das factische Object leide, und selbst jede Handlung unterlasse, wodurch er in die Sphäre des Rechts eingreifen würde. Das dingliche Recht entzieht sein factisches Object juristisch allen übrigen Menschen im Staat: ihm steht die negative Verbindlichkeit Aller gegenüber, es nicht zu verletzen. Die Pflicht ist hier nicht die Folge eines speciell auf das Subject des Verpflichteten bezogenen obligirenden Grundes, sondern das erworbene Recht selbst ist der einzige Grund der generellen Pflicht. Zwar wendet sich die Kraft des verletzten dinglichen Rechts gegen den einzelnen Lädenten, aber nicht anders, als sie in gleichem Fall gegen jeden Anderen sich geäußert haben würde. Das dingliche Recht, weil es nicht auf ein bestimmtes Leisten

---

braucht, wie unten gezeigt wird, bezeichnet aber jedenfalls auch genau das, was wir „dingliches Recht" nennen.

*) L. 25 D. de obligat. Actionum genera sunt duo: in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae condictio appellatur. § 1 I. de actionib. Omnium autem actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacunque re quaeritur, summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam. § 15 I. eod.

**) § 1 I. l. l. — aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam, quo casu proditae actiones in rem sunt —. L. 25 D. l. l. definirt bloß die Eigenthumsklage. Der Jurist will augenscheinlich eine allgemeine Definition geben, aber es gelingt ihm nicht.

eines bestimmten Subjects geht, kann auch nicht durch Anerkennung vernichtet werden. Sein Zweck ist nicht Auflösung, sondern Erhaltung seiner selbst, Erhaltung des von ihm geschützten factischen Zustandes. Darum liegen die Aufhebungsgründe des dinglichen Rechts regelmäßig nicht in seiner Natur, *) sondern sind ihm äußerlich und zufällig. Wie die dingliche Pflicht und ihr Subject, so ist auch das Subject des dinglichen Rechts unbestimmt, für das Bestehen dieses Rechts regelmäßig unwesentlich und gleichgültig. Darum liegt es in seiner Natur, auf Andere übergehen zu können, **) ohne daß es selbst und die ihm gegenüberstehende allgemeine Pflicht dadurch verändert wird. Die Pflicht dient hier dem Recht, nicht dem Subject. Das dingliche Recht, obwohl juristisch allgemeiner Natur, haftet doch an einem speciell bestimmten factischen Object, macht, wenn es verletzt ist, zunächst immer die specielle Erhaltung oder Herstellung des dem unverletzten Recht entsprechenden Zustandes geltend, und kann nach heutigem Recht ein auf specielle Restitution direct gerichtetes Urtheil und Execution erwirken. Aber die Verletzung bringt zugleich ein persönliches Obligationsverhältniß zwischen Verletzer und Verletztem hervor, welches darin seine Wirksamkeit äußert, daß bei einer Unmöglichkeit individueller Restitution ein Aequivalent an die Stelle tritt, welches dem Verletzten den Unterschied (id quod interest), welchen er in seinem Vermögenszustand durch die Verletzung erlitten, auszugleichen, den Schaden zu ersetzen fähig ist. Jedoch giebt es dingliche Rechte, deren Verletzung eine richterliche Condemnation zu einer bestimmten Leistung nicht hervorbringen kann, weil sie nämlich nicht dazu dienen, ein materielles auf Geld reducirbares Gut zu schützen. Dies sind die Rechte, welche die Conservation sittlicher Zustände bezwecken, ***)

---

*) z. B. Dereliction, Veräußerung vernichten das Recht für den bisherigen Inhaber, aber diese Vernichtung ist nicht Tendenz des Rechts selbst, sondern Folge eines hinzukommenden Willens des Subjects. Der Untergang des factischen Objects zerstört das Recht überhaupt, aber diese Zerstörung ist nicht bezweckt, ist zufällig.

**) Hiervon giebt es singulaire Abweichungen z. B. ususfructus.

***) Dahin gehören z. B. die Ehe, das Eltern- und Kindesverhältniß. Mag man auch den Ausdruck „dingliche Rechte" hierfür

deren juristische Existenz daher wohl bestritten, und durch concrete richterliche Anerkennung gesichert werden kann, welche

---

unpassend finden, so ist doch klar, daß das Wesen der Rechte, welche man unter diesem Namen befaßt, hier vorliegt. Denn diese Familienrechte verpflichten absolut Jeden zur Anerkennung, und können, wenn sie bestritten werden, auch nur ein Richterurtheil, welches generell auf Anerkennung lautet, hervorrufen. Diese Rechtsverhältnisse sind aber das Fundament einer Menge von einzelnen Rechten und Verbindlichkeiten, deren Geltendmachung mithin von einem voraufgehenden richterlichen Urtheil (praejudicium) über das juristische Daseyn jener Rechtsverhältnisse abhängig ist. Darum können sie passend zu den Klagerechten gezählt werden, welche das römische Recht praejudiciales actiones nannte. So hießen nämlich alle Klagen, welche nicht eine bestimmte Leistung eines bestimmten Gegners, sondern direct lediglich die richterliche Anerkennung und Feststellung solcher Rechtsverhältnisse oder factischer Zustände bezweckten, von welchen die Entscheidung specieller Rechtsansprüche wesentlich abhing: z. B. praejudicium, quo quaeritur, quanta dos sit (Gaj. 4, 44.), an ex lege praedictum sit (Gaj. 3, 123.), an bona jure venierint (L. 30 D. de reb. auct. jud. possid.), an aliquis liber, an libertus sit, vel de partu agnoscendo (§ 13 I. de actionib.). Diese Beispiele zeigen, daß die praejudicia keineswegs immer dazu dienten, dingliche Rechte geltend zu machen, wie denn auch „praejudicium postulare“ als Gegensatz des eigentlichen „actionem postulare“ vorkommt (L. 35 § 2 D. de procurat.). Wenn nun desungeachtet von den praejudiciales actiones gesagt wird: „in rem esse videntur“ (§ 13 I. l. l.), so dient das zum Beleg, daß der Ausdruck „actio in rem“ in sehr weitem Sinn genommen wurde, was auch schon durch die Definition des § 1 I. de act. bewiesen wird, wornach jede Klage so heißt, womit Jemand wider einen Gegner auftritt, der ihm an sich nicht aus einem bestimmten Grunde zu einer bestimmten Leistung obligirt ist. Zugleich aber erhellt hieraus, daß alle die Rechte, welche wir dingliche nennen, als Klagrechte vollkommen richtig mit dem römischen Ausdruck „actiones in rem“ bezeichnet werden können (vgl. die Beispiele im § 1 — 8 I. de actionib.). Uebrigens kann die Verletzung eines dinglichen Rechts von der Art seyn, daß es gar nicht als dingliches Klagrecht auftreten kann, z. B. das damnum injuria datum verletzt ohne Zweifel das Eigenthumsrecht, und regelmäßig hat nur der Eigenthümer die legis Aquiliae actio; dennoch ist hier nicht die rei vindicatio, sondern nur jene persönliche Klage auf Ersatz brauchbar. Auch kann die Verletzung zugleich ein dingliches und persönliches Klagrecht hervorbringen, wie z. B. der Diebstahl nach heutigem Recht immer eine Verletzung des Eigenthums enthält, und für den Verletzten zugleich die rei vindicatio und condictio furtiva begründet.

aber unmittelbar nicht die Leistung eines bestimmten Objects zum Ziel haben. Die meisten dinglichen Rechte gehören dem Gebiet des Vermögensrechts an. Ihre specielle Characteristik gehört in die einzelnen Lehren, daher hier nur genannt werden: das Eigenthum, welches practisch gegen die Verletzung als rei vindicatio oder actio negatoria auftritt; die Servitutenrechte, welche durch die actio confessoria geltend gemacht werden; die Emphyteusis und Superficies, welche durch vindicationes utiles geschützt werden; das hypothekarische Pfandrecht, welches die actio hypothecaria hervorbringt, und das Erbrecht, *) welches durch die hereditatis petitio sich geltend

*) Unter Erbrecht ist hier nicht verstanden das eventuelle, oder durch Delation concret begründete Recht, zu erben, sondern das durch schon geschehenen Erwerb der Erbschaft begründete Recht des Erben gegen Jeden, welcher irgend ein zur Erbmasse gehöriges Object pro herede oder pro possessore inne hat. Es ist ein dingliches Recht, denn Jeder hat die negative Pflicht, das durch geschehene successio in universum jus, quod defunctus habuit, (L. 24 D. de verb. signif. L. 62 D. de reg. jur.) erworbene Recht anzuerkennen, und Jeder verletzt dieses Recht, welcher in einem dem bestehenden jus successionis (nicht succedendi) widersprechenden factischen Zustande sich befindet (L. 9. L. 10 pr. D. de hered. petit. Regulariter definiendum est, eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel jus pro herede vel pro possessore possidet, vel rem hereditariam, licet minimam.). Die Quellen selbst nennen die hereditatis petitio auch ausdrücklich eine in rem actio (L. 25 § 18 D. l. l.), und sprechen von vindicare hereditatem oder successionem (L. 8 D. eod. L. 5. 9. C. commun. de succ.). Die Ansicht, welche sie fälschlich eine actio mixta d. h. gemischt dinglich-persönlich nennt, beruft sich auf L. 7 C. de petit. hered. Die Stelle erklärt sich aber einfach aus L. 25 § 18 D. eod. Der Besitzer des von einem Erbschaftsschuldner gehobenen Geldes oder des Erlöses aus dem Verkauf einer Erbschaftssache ist dem Erben zur Herausgabe desselben obligirt, also selbst Erbschaftsschuldner, und kann, wie jeder debitor hereditarius, welcher durch Zahlungsweigerung, weil er selbst Erbe zu seyn glaubt (pro herede), oder ohne auf einen Rechtstitel sich zu berufen (pro possessore), das Erbrecht verletzt, mit der hereditatis petitio angegriffen werden. Sie geht hier natürlich auf Erfüllung der obligatio, ist aber desungeachtet dinglich, weil die Leistung nur aus dem Grunde des Erbrechts verlangt, und unter Verletzung des Erbrechts verweigert wird (L. 13 in f. L. 14—16 pr. D. eod.). Die Erbschaftsklage heißt darum auch actio de universitate s. universalis, weil sie immer die hereditas d. h. das Recht an der Erbmasse als juristischem Ganzen (universitas), worin die verschieden-

macht. Auch Privilegien haben häufig *) einen dinglichen Character: das zu ihrem Schutz eingeführte Klagrecht pflegt man nach Analogie der Servituten actio confessoria zu nennen.

Das persönliche Recht verpflichtet ein bestimmtes Subject aus einem bestimmten Grunde zu einer bestimmten Leistung. **) Juristisch ist hier alles beschränkt und relativ. Das juristische Object ist das Subject als solches, also nicht seine Persönlichkeit überhaupt, (denn dann wäre es unfrei, bloßes Object, und nicht als Subject obligirt), sondern eine bestimmte Aeußerung seiner Freiheit, also der Wille des bestimmten Subjects. Der practische Inhalt der Forderung ist eine bestimmte positive oder negative Leistung; aber für die wirkliche Zahlung und deren gerichtliche Geltendmachung ist hier die Individualität des Inhalts juristisch gleichgültig: denn immer löst sich die Forderung, welche nicht speciell erfüllt worden ist, in einen Anspruch auf Ersatz des Vermögensinteresse, in Prästation des Werthes auf. Das Object des Rechts ist der Wille, welcher sich in einem bestimmten Han-

---

artigsten Einzelheiten (einzelne Sachen, Forderungen u. s. w.) enthalten seyn können, geltend macht. Den Gegensatz davon bilden die actiones speciales s. singulares, welche ein einzelnes Object nur als einzelnes z. B. eine singula res verfolgen (rei vindicatio), oder eine einzelne Forderung geltend machen (z. B. actio depositi, commodati). Davon unterscheidet man noch die actiones generales, welche ihrer Natur nach eine Menge verschiedenartiger Leistungen befassen können (actio pro socio, negotiorum gestorum, tutelae). L. 1 pr. § 1 D. de rei vind. L. 38 pr. D. pro socio. In der L. 1 § 17 D. de aqua et aqu. pl. arc. ist der Ausdruck generalis actio anders zu verstehen, wie der Zusatz „et ubique agi ea licere" zeigt.

*) Nicht immer, z. B. das Recht aus einem ertheilten Moratorium kann und soll nur gegen die bestimmten Gläubiger des privilegirten Schuldners gehen.

**) § 1 I. de act. — namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est, vel ex contractu vel ex maleficio: quo casu proditae sunt actiones in personam, per quas intendit, adversarium ei dare aut facere oportere —. L. 25 pr. D. de obligat. et act. — in personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum, et semper adversus eundem locum habet.

deln äußern soll. Dieses Handeln ist aber für die Rechtsverfolgung vertretbar d. h. wird nur nach seinem Werth in Betracht gezogen. Darum kann das nämliche factische Object von demselben Schuldner demselben Gläubiger mehrmals aus verschiedenen Gründen geschuldigt werden. *) Das juristische Band verknüpft hier den Willen bestimmter Subjecte: deshalb ist weder das persönliche Recht, noch die Verbindlichkeit willkührlich von dem Subject ablösbar. Aber der materielle Vortheil aus der Obligation, das practische Object darf, als juristisch unwesentlich, einem andern Subject überlassen werden. **) Das persönliche Recht vermittelt die Bewegung des Vermögens. Es ist seiner Natur nach temporair, hat den Zweck, aufgehoben zu werden. Denn es geht auf bestimmte Leistung, und ist diese geschehen, so ist das Recht vernichtet. Hier sind die Aufhebungsgründe des Rechts, die Gründe der Lösung (solutio) des juristischen Bandes, nicht äußerlich und zufällig, sondern bezweckt. Wie die Erfüllung der Pflicht von einer bestimmten Person geschehen soll, so kann auch die Verletzung des persönlichen Rechts nur von ihr ausgehen: die processualische Klage aus dem verletzten Recht wendet sich immer nur gegen das Subject, welches vorher schon ausschließlich obligirt war.

Unter den dem gemeinen Recht bekannten actiones in personam sollen hier nur diejenigen hervorgehoben werden, welche man jetzt als besondere Arten auszuscheiden und mit eigenen Namen zu bezeichnen pflegt. Diese sind:

a) Actiones in rem scriptae. Dieser Ausdruck scheint vielmehr auf dingliche Rechte hinzudeuten. Aber sowohl der

*) L. 14 § 2 D. de except. rei jud. Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulae causae sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur. at cum in rem ago non expressa causa, ex qua rem meam esse dico: omnes causae una petitione adprehenduntur. neque enim amplius, quam semel res mea esse potest, saepius autem deberi potest.

**) Hierauf beruht das Institut der Cession: der Inhaber des Rechts mandirt einem Andern die processualische Geltendmachung des verletzten Rechts, und verpflichtet sich im Voraus, ihm den factischen Inhalt des Rechts zu lassen.

Fall, *) zu dessen Bezeichnung ihn die römischen Quellen allein gebrauchen, als auch alle übrigen Fälle, welche man jetzt darunter zu befassen pflegt, sind rein persönliche Klagrechte. Das Eigenthümliche derselben besteht nur darin, daß die Obligation zu einer Leistung hier nicht durch den Willen (Vertrag, Delict) der Person, sondern aus einem für sie zufälligen Grunde, nämlich durch das factische Innehaben eines bestimmten Objects entsteht. Jeder dieser Fälle hat seine besonderen Merkmale, aber gemeinsam ist ihnen allen, daß das Recht, von dem bestimmten Gegner eine Leistung zu fordern, sich hier immer auf einen für ihn äußerlichen und zufälligen Umstand gründet. Diese Klagrechte heißen nur deshalb „in rem“, weil Jeder, welcher in dem vorausgesetzten factischen Zustande sich befindet, zu der bestimmten Leistung obligirt werden kann. Aber die Obligation entsteht auch erst durch diesen Zustand, und ist vorher gar nicht vorhanden. Dagegen die dingliche Pflicht ist an sich schon für Jeden dem Berechtigten gegenüber vorhanden, und nur die Verletzung dieser Pflicht geht von einem bestimmten Subject aus, und sollicitirt die Kraft des dinglichen Rechts gegen dieses Subject. Ebenso bewährt sich darin die beschränkte persönliche Natur der actio in rem scripta, daß nach wirklich geschehener Leistung das Recht gänzlich zu Grunde geht, wogegen die Aufhebung der Verletzung des dinglichen Rechts dieses selbst nicht vernichtet. **)

---

*) Die actio quod metus causa: L. 9 § 8 D. quod met. caus. Cum autem haec actio in rem sit scripta, nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restitui velit, quod metus causa factum est —.

**) Die einzelnen Fälle, welche man zu den actiones in rem scriptae zu zählen pflegt, sind actio quod metus causa (L. 9 § 8 D. quod met. caus.), actio aquae pluviae arcendae (L. 6 § 5 D. h. t. aquae pluviae arcendae actionem, sciendum est, non in rem, sed personalem esse. L. 12 D. eod.), actio ad exhibendum (L. 3 § 3 D. h. t. est autem personalis haec actio —. L. 5 pr. in f. eod.), actio de pauperie (L. 1 § 12 D. si quadrupes pauper. fec. dic.), actio Pauliana (§ 6 I. de act. L. 38 § 4 D. de usur.), interdictum quod legato-

b) Actiones adjectitiae qualitatis. *) Hierunter versteht man meistens solche persönliche Klagrechte, welche nicht nach ihrem einfachen eigenthümlichen juristischen Inhalt, sondern aus einem besonderen hinzukommenden Grunde ihre Richtung wider den concret obligirten Gegner nehmen, und durch einen Zusatz (adjectitia qualitas) neben der gewöhnlichen Klagbezeichnung jenen besonderen Grund auch äußerlich kund geben. **)

c) Actiones directae et contrariae. Erstere sind solche persönliche Klagen, welche in gewissen Rechtsverhältnissen demjenigen zustehen, welcher nach der Natur des Geschäfts oder Verhältnisses unmittelbar der einseitig Berechtigte ist, gegen denjenigen, welcher allein der Obligirte ist. Contrariae actiones sind solche Klagen, welche dem nach der Natur des Geschäfts oder Verhältnisses eigentlich ausschließlich Verpflichteten lediglich aus dem Grunde gegeben sind, um ihn gegen unverschuldete durch das Geschäft veranlaßte Vermögensnachtheile zu schützen. ***)

---

rum (L. 1 § 13 D. h. t.), interdictum quod vi aut clam (L. 5 § 13 D. h. t.). Daß nun alle diese Klagen reine actiones in personam sind, wird in den betreffenden Lehren gezeigt werden, zum Theil auch schon durch die obigen Citate erwiesen.

*) Der Ausdruck ist veranlaßt durch L. 5 § 1 D. de exercit. act. — hoc enim edicto non transfertur actio, sed adjicitur.

**) Z. B. der Gläubiger eines filiusfamilias hat gegen dessen paterfamilias aus dem Geschäft nur dann ein Klagrecht, wenn der Sohn vom Vater speciell beauftragt worden (daher z. B. actio venditi mit dem Zusatz „quod jussu"), oder wenn er durch Empfang eines peculium generell zu solchen Geschäften autorisirt worden (daher die Klage aus dem Geschäft mit dem Zusatz „de peculio") u. s. w. — Uebrigens verstehen Einige unter actiones adjectitiae qualitatis auch solche persönliche Klagen, deren Zweck durch einen Zusatz (certi, incerti, triticiaria) näher bezeichnet wird.

***) Sie kommen nur vor bei dem mandatum, depositum, commodatum, pignus, negotiorum gestio, tutela und cura. Der Mandatar, Depositar, Commodatar u. s. w. sind die eigentlich allein Obligirten. Wenn ihnen nun dennoch gegen den Mandans u. s. w. contrariae actiones gegeben sind, so gehen diese nicht direct aus dem Rechtsverhältniß hervor, sondern beruhen auf der Präsumtion ex bona

d) Von den Interdicten sagen die Quellen selbst: „interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt“ (L. 1 § 3 D. de interdict.). In einem besonderen Zusammenhang wird dieser Satz, daß die Klagrechte, welche unter dem Namen der Interdicte vorkommen, ihrem Wesen nach persönlich sind, erörtert werden.

Die Eintheilung in dingliche und persönliche Rechte ist erschöpfend für alle Klagrechte: es sind dies nach gemeinem Recht die möglichen Formen der juristischen Bindung des Willens. Zugleich aber sind es durchaus unvereinbare Gegensätze, so daß es kein Recht giebt, welches einen dinglichen Character hat, also unbestimmt allgemein verpflichtet, und zugleich in beschränkter Weise den Willen einer bestimmten Person obligirt. Es giebt keine actiones mixtae in diesem Sinn. *)

---

fide, es sey des Deponens, des Mandans, des Pupillen u. s. w. eigener Wille, ihren Geschäftsführer u. s. w. keinen unverschuldeten Schaden leiden zu lassen. Sie beruhen auf dem Satz, in den angegebenen Rechtsverhältnissen müsse es stets, wenn auch nicht direct ausgedrückt, so doch gemeint und gewollt seyn, daß der Mandatar u. s. w. nur in so weit obligirt werden solle, als ihm selbst kein Nachtheil aus dem Geschäft oder Rechtsverhältniß erwachsen werde. Hieraus nämlich folgt von selbst, daß der Mandans, Pupill u. s. w. eine Klage auf Ersatz gegen sich leiden muß. Denn wenn auch der Obligirte sich häufig compensationis jure gegen die actio directa mit einer exceptio würde schützen können, so giebt doch erst die contraria actio völlig ausreichenden Schutz gegen solche Nachtheile (z. B. L. 18 § 4 D. commod. Quod autem contrario judicio consequi quisque potest, id etiam recto judicio, quo cum eo agitur, potest salvum habere jure pensationis; sed fieri potest, ut amplius esset, quod invicem aliquem consequi oporteat, aut judex pensationis rationem non habeat, aut ideo de restituenda re cum eo non agatur, quia ea res casu intercidit, aut sine judice restituta est: dicemus, necessariam esse contrariam actionem. L. 8 § 2 D. de negot. gest.). Cf. L. 17 § 1 D. eod. L. 1 pr. § 8 D. de contr. tut. act. L. 16 § 1 D. de pignerat. act.

*) Man hat das Gegentheil von der hereditatis petitio und den Theilungsklagen (actio communi dividundo, familiae herciscundae, finium regundorum) behauptet. Allein von der Erbschaftsklage ist schon oben (S. 162) erörtert, daß sie eine rein dingliche Klage ist, und nicht minder ergiebt sich aus der Natur der Theilungsklagen von selbst, daß sie zu den actiones personales gerechnet werden müssen,

2) Actiones directae und utiles, actiones vulgares und in factum. Die vorhandenen einzelnen Gesetze, die geltende

---

wie das die Quellen auch deutlich genug sagen (L. 1 § 1 C. de annal. except. L. 1 D. fin. regund.). Diese Klagen haben zum Zweck die reelle Auseinandersetzung einer anerkannt vorhandenen intellectuellen Gemeinschaft (einer bestimmten, wie bei einer Communion des Eigenthums oder der Erbschaft, oder einer unbestimmten, wie bei den verwirrten Gränzen benachbarter Grundstücke). Sie gehen immer gegen ein bestimmtes Subject, welches positiv obligirt ist, die Theilung geschehen zu lassen, und das ist stets nur diejenige Person, welche durch Vertrag oder Zufall Theilhaber der Communion geworden ist. Die richterliche Function, welche durch jene Klagen hervorgerufen wird, ist zunächst eine Adjudication, wodurch nach des Richters Ermessen den einzelnen Theilnehmern der communio ein Recht an bestimmten körperlichen Theilen des bisher Gemeinsamen zugesprochen wird. Dieser Richterspruch ist in sofern in rem, als darin an sich keine Verurtheilung zu einer bestimmten Leistung liegt: denn die Erfüllung der obligatio geschieht schon dadurch, daß der Gegner diese richterliche Auftheilung sich gefallen lassen muß. Aber der Richter kann auch, um die Auseinandersetzung völlig zu effectuiren, eine Condemnation zu einer bestimmten Leistung mit der Adjudication verbinden, z. B. daß der Eine, welcher einen größeren körperlichen Antheil erhält, dem Andern einen Ersatz in Geld leiste, oder ihm eine Entschädigung gebe für die auf die gemeinsame Sache verwandten Kosten (§ 20 I. de act. — et si unius pars praegravari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare. L. 4 § 3 D. commun. divid.). Also in Beziehung auf diesen practischen Erfolg kann man jene Klagrechte gemischt nennen, und nur darauf beziehen sich die Worte des § 20 I. l. l. „Quaedam actiones mistam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam" —, nicht aber auf das juristische Wesen jener Rechte. Alle in der Communion befindlichen Subjecte haben aber gegenseitig auf gleiche Weise die persönliche Verbindlichkeit zur Theilung, eventuell zum Ersatz u. s. w., qualitativ stehen ihre Ansprüche sich gleich, und auch aus diesem Grunde heißen sie actiones mixtae, actiones duplices, judicia duplicia (L. 37 § 1 D. de obligat. L. 10 D. fin. regund.). Den Gegensatz dieser judicia duplicia (wohin man auch noch die interdicta uti und utrubi possidetis rechnet L. 37 § 1 D. l. l.) machen alle übrigen Klagrechte aus, darum actiones simplices genannt. Uebrigens bezieht sich jener Ausdruck „duplicia" auf die materielle Berechtigung der Partheien, nicht auf ihre processualische Partheirolle: denn in der Ordnung des processualischen Verfahrens muß immer Einer als Kläger und der Andere als Beklagter auftreten. (L. 2 § 1 D. commun. dividund. L. 13. 14. D. de judic.).

Gesetzgebung im Ganzen sind die Quelle der Klagrechte. Aber nach dem im heutigen Staat herrschenden Grundsatz der Aequität ist in dem gegebenen Gesetz die gesetzgeberische That lebendig fortwirkend, und die Jurisprudenz das Organ der Erkenntniß dieser unsichtbaren Sphäre des Gesetzes. Unter der Herrschaft des strictum jus ist das Gesetz todt: die juristische Auffassung beschränkt sich auf die Interpretation des Worts, und nur die Rechte bringt der Richter concret zur Geltung, welche unmittelbar aus dem Wortsinn der lex (publica oder privata) folgen. Aber die heutige Theorie und Praxis haben zum Object nicht bloß das Wort, sondern auch den Geist des Gesetzes und der Gesetzgebung, und der Richter ist verpflichtet, alle die Rechte practisch anzuerkennen, welche nach seiner Ueberzeugung in diesem totalen, wenn auch unausgesprochenen, Gehalt des Gesetzes ihre Wurzel haben. Der entscheidende Richter soll ein Urtheil fällen über begründetes Recht und Pflicht. Die Quelle und das Maaß dieser Entscheidung ist für ihn zunächst immer der schon objectivirte festgewordene d. h. durch übereinstimmende Ueberzeugung und gleichmäßige practische Ausführung allgemein geltend gewordene Inhalt des Gesetzes. Ein solches auf schon anerkanntem d. h. in's allgemeine Bewußtseyn übergegangenem Gesetz fundirte Klagrecht ist, was in den römischen Quellen actio directa s. legitima *) heißt. Wenn dem richterlichen Urtheil Ansprüche vorgelegt werden, welche über den Umfang einer directen Klage hinausgehen, so ist ihre Anerkennung von der gewonnenen Ueberzeugung des Richters abhängig, daß sie in der Sphäre eines bestimmten in seinem Staat geltenden Gesetzes oder der Gesetzgebung im Ganzen wirklich, wenn auch bisher nicht anerkannt, begriffen sind. **) Solche Klagrechte sind also das

*) Z. B. L. 26 § 3 D. de pact. dotal. L. 22 § 2 D. de aqua et a. pl. a.

**) Wenn man sich erinnert, daß wir hier keine römische Rechtsgeschichte schreiben, so wird man sich nicht wundern, daß hier nur die Jurisprudenz und nicht auch das prätorische Edict als Quelle der actiones utiles und in factum genannt wird. Wir sprechen gar nicht von römischer Jurisprudenz. In Rom ging das Edict mit den actiones utiles und in factum voran: das prätorische Edict bricht zuerst

Product freier, in Form unmittelbaren Tacts oder verstandesmäßiger Erkenntniß erscheinender, intellectueller Anschauung des Juristen. Diese Production ist keine willkührliche, sondern durch die Gesetzgebung selbst autorisirt: der Jurist bringt hier nicht zur Geltung, was gar nicht Gesetz ist, sondern erkennt nur, was schon gesetzt, aber bisher nicht gewußt war. Nimmt nun die Theorie ein einzelnes Gesetz zum Object dieser Thätigkeit, und findet, daß nach dem wesentlichen Grunde desselben (d. h. nach dem Moment, welches wirklich die gesetzliche Entscheidung, das Recht, motivirt) der bisher angenommene Umfang eines Klagrechts erweitert werden müsse, so heißt diese Klage, im Gegensatz gegen die auf ihren alten Inhalt strict beschränkte Klage, utilis actio. Nach der erkannten individuellen ratio des Gesetzes wird das Klagrecht auf bisher unberücksichtigt gebliebene Fälle bezogen; mit andern Worten: es entsteht nun aus Thatsachen, welche bisher rechtlich ungeschützt waren, ein Recht und Klagrecht. *) Das Wesentliche einer jeden actio utilis ist, daß sie der Ausdruck einer von einem bestimmten einzelnen Gesetz ausgehenden Bewegung, einer neuen Entwicklung des Rechts ist. Jede neue actio utilis ist (nach der Ueberzeugung des jedesmaligen rechtsbildenden Organs eines Staats), die tiefere Erkenntniß des Wesens eines Gesetzes: der eigentliche Grund, die wesentliche Voraussetzung des schon gegebenen Klagrechts wird entdeckt, und dadurch sein factischer Inhalt erweitert. Es geht hieraus von selbst hervor, daß die utilis actio, je nach Art des Momentes, woran jene

---

das stricte Recht der Republik, und bereitet der juristischen Rechtsentwicklung nach dem Princip der aequitas und bona fides den Weg. Später ist es hauptsächlich der übereinstimmende Rath der Juristen, welcher jenen actiones bei der Praxis Eingang verschafft.

*) Ist einmal diese Operation vollendet, und die practische Geltung der neuen Klage ausgemacht, so ist für die Zukunft dann ein Unterschied zwischen der actio utilis und der ihr angehörigen actio directa practisch nicht mehr vorhanden. Die Ausdrücke werden nur beibehalten als Erinnerung an ihr ehemaliges Verhältniß. So sagt man mit Recht, daß der in den römischen Quellen vorkommende Unterschied zwischen actiones directae und utiles keinen practischen Werth mehr hat. Nur muß man sich bewußt seyn, daß diese innere Fortbildung des Rechts auch heutzutage noch geschehen kann und soll.

Erweiterung geschieht, höchst mannichfaltig in ihren einzelnen Anwendungen seyn muß. *) Die Operation, welche dieser Fortbildung des Rechts dient, kann aber auch über den Inhalt eines einzelnen Gesetzes hinausgehen, und den vielen verschiedenen Gesetzen gemeinsamen Geist, den wesentlichen übereinstimmenden Grund verschiedener Klagrechte zum Ziel ihrer Forschung nehmen. Sie findet in irgend einer, in der factischen Voraussetzung der verschiedenen Rechte zwar mitbegriffenen, aber bisher für sich unberücksichtigt gelassenen Thatsache einen hauptsächlichen gemeinsamen Grund dieser Rechte, von welchen jedes sich außerdem noch auf individuelle Gründe oder Voraussetzungen stützt. Jene Thatsache wird nun der Grund eines neuen Klagrechts, welches nicht die besonderen Wirkungen jener alten Klagen, wohl aber irgend eine ihnen allen gemeinsame Wirkung erhält. Hierdurch erwerben also juristisch bisher ungeschützte Thatsachen eine rechtliche Bedeutung, daher der Name in factum actiones, denen dann die schon bekannten und mit besonderen Namen benannten Klagen als actiones vulgares gegenüberstehen. **)

---

*) Z. B. man findet, daß die bisherige Beschränkung des Klagrechts auf gewisse Subjecte dem Geist des Gesetzes nicht entspricht. Man sieht ein, daß nach dem wahren Grunde der gesetzlichen Disposition auch andre Personen als Subjecte des Rechts anerkannt werden müssen. Oder das Subject der Klage wird unverändert beibehalten, und es geschieht die Erweiterung an irgend einem Moment des objectiven Thatbestandes, so daß dem Subject jetzt die Klage für solche factische Verhältnisse eingeräumt wird, worauf sie sich bisher nicht erstreckte. Die Aufgabe der Rechtsgeschichte ist es, den Verlauf dieser rechtsbildenden Thätigkeit im Einzelnen nachzuweisen. Die Theorie des heutigen Rechts darf nur nebenher in einzelnen Lehren auf diese geschichtlichen Vorgänge aufmerksam machen, in sofern das die Erkenntniß der practischen Bedeutung der Rechte erleichtern kann. Als vorläufige Beispiele: L. 22 § 2 D. de aqua et a. pl. L. 2 § 5 D. eod. L. 5 § 9 D. de pec. constit. L. 5 § 21 D. ut in possess. legat. L. 39 pr. D. de evictionib. L. 55 D. de donat. inter v. et u. L. 16 D. de servit.

**) Die Nachweisung im Einzelnen hat auch hier die Rechtsgeschichte zu liefern. Wir verweisen hier auf L. 1—4. L. 11 D. de praescript. verb. (vgl. oben S. 32) L. 46 in f. D. de hered. instit. L. 31 § 17 D. de Aedil. Edict. L. 50 § 4 D. de furt. L. 23 § 5 D. de rei vind. L. 3 § 14. L. 9 § 4 D. ad exhib. Die römische Terminologie ist übrigens hier schwankend, denn sie spricht auch von utilis in factum actio

3) Actiones rei persecutoriae (rei persequendae causa comparatae), actiones poenales, und actiones mixtae. Von den Klagen der ersteren Art sagt eine Stelle: „illae autem rei persecutionem continent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest". *) Die Eintheilung bezieht sich also nur auf die s. g. vermögensrechtlichen Klagen. Reipersecutorisch sind alle dinglichen Vermögensklagen. Denn ihr Grund ist die Verletzung eines bestimmten Vermögensrechts (des Eigenthums, Pfandrechts u. s. w.), und sie gehen auf Anerkennung des Rechts und Restitution des Objects, oder Leistung eines Aequivalents (in dem Fall einer verschuldeten Unmöglichkeit specieller Restitution). Die persönlichen Klagen dagegen sind dreifacher Art. Sie sind reipersecutorisch, wenn sie ein verletztes Vermögensinteresse geltend machen. Sie sind pönal, wenn sie die Verletzung als solche, abgesehen von ihrem etwanigen Einfluß auf das Vermögen, verfolgen, also auf die Delictsnatur der verletzenden Handlung sich gründen, und deshalb auf eine die Verletzung ausgleichende Genugthuung gehen, welche, weil sie ein über den bloßen Ersatz hinausgehendes Uebel enthält, poena, und weil sie ausschließlich dem Verletzten selbst geleistet wird, privata heißt. **) Sie sind endlich gemischt,

---

L. 53 D. ad lege Aquil. L. 26 § 3 D. de pact. dotal. Sie unterscheidet vulgares und in factum actiones, und unter letzteren wieder utiles und in factum actiones im engern Sinn. Daß nun auch die utilis actio, in factum heißt, ist nur eine oberflächliche untechnische Bezeichnung, denn das juristisch Wesentliche dieser Klage ist eben, daß die speciellen factischen Voraussetzungen eines bestimmten schon gegebenen gesetzlichen Klagrechts sich noch in ihr vorfinden, wovon aber in der eigentlichen in factum actio grade abstrahirt wird. Endlich ist zu beachten, daß der eigenthümlich römische processualische Unterschied zwischen actio s. formula in jus und in factum concepta, als unpractisch, hier ganz übergangen wird.

*) L. 35 pr. D. de obligat. et act.

**) § 17 I. de act. Rei persequendae causa comparatae sunt omnes in rem actiones. Earum vero actionum, quae in personam sunt, eae quidem, quae ex contractu nascuntur, fere omnes rei persequendae causa comparatae videntur —. § 18 I. eod. Ex maleficio vero proditae actiones, aliae tantum poenae persequendae causa comparatae sunt, aliae tam poenae quam rei persequendae, et ob id

pönal und reipersecutorisch zugleich, wenn sie theils eine Privatstrafe, theils das Interesse verfolgen, was im römischen Recht selten bei Contractsklagen,*) häufiger bei Delictsklagen**) vorkam. Uebrigens hat diese Eintheilung der Klagrechte die Wichtigkeit, welche sie im römischen Recht behauptete, jetzt verloren. Es werden nämlich zwar noch Privatpönalklagen practisch anerkannt (z. B. gehört die ästimatorische Injurienklage dahin); aber die meisten von den im römischen Recht vorkommenden sind theils durch öffentliche Strafen ersetzt, theils auch unmittelbar außer Gebrauch.***)

---

mistae sunt —. In den römischen Quellen heißen actiones poenales auch solche Klagen, welche, ohne eine Privatstrafe geltend zu machen, nur wegen eines dolus des Gegners gegeben sind (ut dolus coerceatur). L. 1 § 8 D. ne vis fiat ei. L. un. § 3 D. si mulier ventr. nom.

*) § 17 in f. J. I. I.

**) § 19 I. eod. L. 1 § 23. L. 2 § 2 D. de tutelae et rat. distr.

***) Man hat die practische Brauchbarkeit mancher von diesen Klagen auf das duplum, triplum, quadruplum durch die Behauptung rechtfertigen wollen, der Grund ihrer Einführung im römischen Recht sey eigentlich die Absicht möglichst vollkommner Entschädigung des Klägers, indem er durch die genaue gesetzliche Fixirung auf das duplum u. s. w. des so schwierigen Beweises seines Interesse überhoben werde (vgl. Glück Comment. 3r Bd. S. 610). Der heutigen Anwendbarkeit dieser Klagen stehe also nichts im Wege, da sie weniger eigentliche Pönalklagen, als vielmehr Schadensersatzklagen seyen. Dieser Ansicht steht aber entgegen: 1) die ausdrückliche Aeußerung der römischen Quellen, daß eben die Klagen, welche hier insbesondre gemeint sind, wenigstens zum Theil pönal sind (z. B. actio rationibus distrahendis L. 1 § 23. L. 2 § 2 D. de tutel. et rationib. distr.: actio ex testamento wegen verweigerter oder verzögerter Auszahlung des einer Kirche u. s. w. hinterlassenen Legats § 19 I. de actionib.). 2) Wenn auch der politische oder factische Grund der Einführung jener Klagen der oben erwähnte Zweck wäre (wovon übrigens die römischen Gesetze nichts enthalten), so ist doch klar, daß dies von keinem Einfluß auf die Frage über ihre practische Bedeutung seyn darf. Denn diese hängt nicht von jenem factischen Grunde, sondern von dem Fortbestehen ihres juristischen Grundes, der juris ratio, ab. Es wird also darauf ankommen, ob das juristische Princip, die Voraussetzung der Privatpönalklagen im heutigen Staat noch anerkannt oder weggefallen ist. Die poena privata ist die besondere juristische Wirkung des delictischen Characters einer unerlaubten Handlung d. h. einer Handlung, in welcher

4) Actiones perpetuae und temporales. Diese Eintheilung bezieht sich auf die Dauer concret begründeter Klagrechte, und wird in der Lehre von der Klagverjährung näher behandelt werden.

5) Actiones stricti juris und bonae fidei. Diese Eintheilung bezog sich im römischen Recht auf die Art der richterlichen Thätigkeit bei Geltendmachung persönlicher Klagrechte, welche nämlich verschieden war, je nachdem diese Rechte unter der Herrschaft des strictum jus oder der bona fides standen. Die specielle Erörterung des Begriffes und practischen Werths dieser Eintheilung kann erst das Obligationenrecht liefern.*) Die

nach dem Gesetz die Verletzung des Privatwillens, die Verletzung der Persönlichkeit des Einzelnen als solchen als wesentliches Moment hervorgehoben, und ausschließlich (also nicht ihre etwanige Eigenschaft als Vermögensverletzung) berücksichtigt wird. (Das Delict kann nebenher auch noch vermögensrechtliche Nachtheile für den Verletzer haben; aber es hat dieselben dann nicht in der reinen Qualität eines Delicts). Dieses Princip als ein herrschendes, allgemeines, ist dem römischen Staat der privi d. h. dem noch peripherischen unentwickelten republikanischen Staat durchaus eigenthümlich. Es tritt schon zurück in dem Zeitalter, wo der römische Staat sich zur Monarchie entwickelt; aber überall in der Justinianischen Compilation finden sich davon noch Spuren und Reste. Daß diese nun im practischen Recht Deutschlands es nie zu einer vollkommnen Geltung haben bringen können, wird Jeder als eine nothwendige Erscheinung begreifen, welcher das Wesen des gegenwärtigen gereiften monarchischen Staats, und den Geist unserer, dem römischen Wesen durchaus conträren, Gesetzgebung erkennt. Es ist ein eiteles Bemühen der Doctrin, diese, wie jede andere, wirklich römische Rechtsbestimmung in's Leben zurückrufen zu wollen. Sie sind theils verdrängt durch Criminalstrafen (wo also die Totalität, der Staat als Einheit, nicht mehr der Einzelne durch die Verletzung afficirt erscheint), theils unmittelbar durch die Praxis beseitigt. Daß sie auch ohne Abnormität noch in geringen Anwendungen für einzelne Verhältnisse practisch vorkommen, läugnen wir damit nicht. Das Gesagte bezieht sich übrigens nur auf die Privatpönalklagen. Denn es giebt allerdings noch andere civilrechtliche Strafen, deren Voraussetzungen nicht weggefallen sind, z. B. wegen widerrechtlichen Läugnens im Proceß (L. 25 pr. D. de probat. L. 10 § 1 D. de fidejuss. L. 67 § 3 D. pro soc. L. 80 D. de rei vind. Nov. 18 c. 10.).

*) Hier nur die Bemerkung, daß bei den Klagrechten, welche dem Grundsatz des strictum jus unterworfen waren, der römische Richter

ebenfalls auf die richterliche Function sich beziehende Eigenthümlichkeit der dinglichen und einiger persönlichen Klagen, welche das römische Recht mit dem Ausdruck „arbitrariae actiones“ bezeichnete, kennt das heutige Recht nicht mehr.*)

### B. Vom Exceptionsrecht.

Es ist das Recht, welches die practische Wirkung eines bestehenden, juristisch begründeten Rechts relativ gänzlich ver-

---

sich in seinem Urtheil nur einfach bejahend oder verneinend verhalten, d. h. nur genau das ab- oder zusprechen konnte, was und wie es ihm der Kläger vorgelegt hatte. Alles, worauf nach dem Antrag der Parthei das Urtheil sich erstrecken sollte, mußte hier nach allen Seiten fest bestimmt und ausdrücklich angegeben (certum) seyn. Die bonae fidei actio gewährte dem Richter eine selbständige Thätigkeit, indem sie nicht selbst schon die völlige Bestimmtheit dessen, worauf das richterliche Urtheil lauten sollte, enthielt, sondern seiner freien Aestimation (durch Vergleichung gegenseitiger Ansprüche, Berücksichtigung des ganzen Inhalts, welcher zwar nicht expresse in obligatione war, aber doch in der juristischen Natur des Klaganspruchs lag u. s. w.) die definitive Bestimmung der Leistung des Gegners überließ. § 28–30 I. de act. (— in bonae fidei judiciis libera potestas permitti videtur judici, ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat —).

*) § 31 I. eod. — quasdam actiones arbitrarias appellamus, in quibus, nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat (veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat), condemnari debeat —. In his enim actionibus permittitur judici ex bono et aequo secundum cujusque rei, de qua actum est, naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat. — Der Richter erließ hier nach seinem freien, aber durch die Natur des Klaganspruchs geregelten, Ermessen an den Beklagten einen Befehl zur Restitution, Exhibition oder Solution eines bestimmten Objects. Die Erfüllung des Befehls hatte die definitive Absolution des Beklagten zur Folge, verschuldete Nichterfüllung dagegen die Verurtheilung desselben zu einer bestimmten Geldprästation (bisweilen erhöht durch ein Strafquantum; bisweilen lediglich fixirt durch den eigenen Schätzungseid des Klägers), welche dann den Gegenstand der Execution ausmachte. Das heutige Recht kennt keine arbitraria actio, weil jetzt das Urtheil auf specielle Restitution u. s. w. sogleich als ein definitives gilt, und im Ungehorsamsfall unmittelbar, und zwar, wenn möglich, an dem speciellen Object exequirt wird, was übrigens auch schon nach späterem römischen Recht geschehen konnte (L. 68 D. de rei vind.).

nichtet. Es äußert sich als processualische exceptio, Exceptionshandlung, wenn die gerichtliche Durchführung des ihm entgegenstehenden Rechts versucht wird. *) Das Exceptionsrecht ist also:

1) Ein Recht, welches die legale Existenz eines andern Rechts voraussetzt, dessen Wirksamkeit es beschränkt. Jede Exceptio beruht auf schon bei Begründung eines Rechts vorhandenen oder später hinzukommenden Thatsachen, welche die wirkliche Geltendmachung desselben wider ein bestimmtes Subject entweder für immer oder doch zur Zeit zu verhindern geeignet sind. Das der Exceptio entgegenstehende Recht (Klagrecht, Exceptionsrecht) hat die Voraussetzungen und juristischen Eigenschaften, welche für sich hinreichen würden, die richterliche Anerkennung herbeizuführen; aber das Auftreten des Exceptionsrechts nöthigt dasselbe, in dieser bloßen Möglichkeit und Eventualität zu verharren, denn es nimmt ihm die endliche Verwirklichung, die practische Ausführung. Nach dem Geist der heutigen Gesetzgebung ist jedes Recht von selbst so geartet, daß es möglicher Weise durch ein Exceptionsrecht beschränkt werden kann, und daher jeder Richter von selbst verpflichtet

---

*) Wir werden im Folgenden die Fehler zu vermeiden suchen, woran viele practisch seyn sollenden Darstellungen dieser Lehre laboriren:

1) Daß man in die Untersuchung über den Begriff der exceptio seine Ansicht über ihre processualische Bedeutung im alten römischen Formularproceß einmischt. Wir wissen sehr wohl, daß diese processualische Form mit jenem Begriff im innigen Zusammenhang stand, nämlich der unmittelbare Ausdruck seines Wesens war; aber es muß eingesehen werden, daß dieses Wesen nicht von der Zufälligkeit der Form abhängt.

2) Daß man in der Begriffsdeduction an dem ursprünglichen, also eigenthümlich römischen Verhältniß der durch den Prätor eingeführten exceptio zum altrömischen Civilrecht haften bleibt, wodurch man denn begreiflich, wenn man consequent verfährt, zu dem Resultat genöthigt wird, zu behaupten, daß wir heutzutage keine eigentlichen Exceptionen mehr haben.

3) Daß man, was übrigens jetzt seltner geschieht, den heutigen Begriff von „Einrede“ mit der eigentlichen Exceptio zusammenwirft. Es wird sich ergeben, daß zwar jede Exceptio zum Geschlecht der Einreden gehört, nicht aber jede Einrede eine wahre Exceptio ist.

(officio judicis continetur), auf solche ihm von einer streitenden Parthei vorgetragenen Beschränkungen Rücksicht zu nehmen.*) Der Grund solcher exceptivischen Beschränkungen ist immer irgend eine Norm, welcher der Berechtigte überhaupt oder in concreto unterworfen ist (besonderes Gesetz, testamentarischer Wille, Vertrag), oder welche er wenigstens durch die Art der Geltendmachung seines Rechts, durch den concreten Inhalt des von ihm behaupteten Anspruchs zu einer ihn selbst beschränkenden Norm gemacht hat (nämlich nach dem Grundsatz der aequitas und bona fides). Aber das Exceptionsrecht ist auch nur ein beschränkendes Recht, das also ein existentes zu beschränkendes Recht voraussetzt. Wenn dagegen einem Anspruch der gesetzliche Grund (ratio actionis u. s. w.) entweder schon anfänglich fehlt, oder dieser Grund später ganz hinweggefallen ist, so ist juristisch ein Recht gar nicht vorhanden, und kann weder gegen den bestimmten Gegner, noch sonst irgendwie eine positive Rechtswirkung äußern. Dies ist, was in den römischen Quellen ipso jure nullum (nulla obligatio, nullum negotium, nullum testamentum u. s. w.) genannt wird. Alle solche Thatsachen, welche dem Richter zeigen, daß das prätendirte Recht des Gegners unbegründet, juristisch gar nicht vorhanden ist, liegen außer der Begriffssphäre der Exceptio;**) diese ist hier nicht bloß überflüssig, sondern auch rechtlich unmöglich.***) Sie nimmt einem Recht nur den concreten prac-

---

*) Anders im älteren römischen Recht, wo der judex bei den Rechten, welche unter der Herrschaft des strictum jus standen, durch den Prätor speciell bevollmächtigt seyn mußte, dergleichen Exceptionen zu berücksichtigen.

**) Z. B. ein wesentlicher Irrthum verhindert die Entstehung eines Consenses der Subjecte, welche contrahiren wollen. Der Vertrag ist daher nichtig d. h. juristisch nicht vorhanden. — Die solutio d. h. die reelle Leistung des Inhalts eines Fordrungsrechts hebt dieses früher gültig bestandene Recht völlig auf, macht den Anspruch rechtlich nichtig. Es giebt also keine wahre exceptio erroris essentialis, oder exceptio solutionis (pr. I. quib. mod. toll. oblig. L. 57 D. de obligat.).

***) Processualisch können solche ipso jure vernichtenden Thatsachen und eigentliche Exceptionen allerdings neben einander vorgetragen werden, und müssen es sogar regelmäßig nach heutigem Proceßrecht, wenn

tischen Inhalt, und überzeugt den Richter, daß die juristische Wirkung einer vorhandenen gesetzlichen ratio in einem bestimmten vorliegenden Fall cessiren müsse. Sie ist nur Ausnahme (exceptio), Ausschließung des Berechtigten von den Wirkungen seines Rechts. *) Sie ist die suspendirende Bedingung für die endliche Realisation des Rechts, welchem sie gegenübersteht: denn dieser Erfolg (die als Condemnation oder Absolution sich äußernde richterliche Anerkennung) tritt nicht ein, so lange sie besteht und geltend gemacht wird. **) Jener Anspruch ist an sich gerecht, aber nach der Natur und dem wahren Sinn des vorliegenden Verhältnisses im concreten Fall ungerecht: die actio, exceptio u. s. w. ist justa, und dennoch iniqua. ***) Die Frage ist nun: wie kann ein Recht an sich begründet, und doch concret wirkungslos seyn, also in Beziehung auf ein bestimmtes Subject so behandelt werden, als wäre es nicht begründet? Wer dem Richter Thatsachen vorlegt, welche den von ihm geltend gemachten Anspruch juristisch rechtfertigen, der hat nach diesem dem Richter sichtbaren Maaßstab Recht. Aber dieses Recht erweist sich als ein bloß äußerliches, als bloßen Schein des Rechts (prima facie justum), wenn die Behauptung des Gegners offenbart, daß er in seinen Anführungen sich einseitig bloß auf das ihm zur Durchführung seiner Behauptung Dienliche beschränkte, und daß die Gesammtheit der zu dem in Frage stehenden Rechtsverhältniß gehörigen Thatsachen, der volle juristisch relevante factische Gehalt des zur Entscheidung vorgelegten Falles von ihm unberücksichtigt und unerwähnt gelassen ist. Dieses stricte Verhalten, diese

---

man sie nicht verlieren will. Das im Text Gesagte bezieht sich auf ihr materiell rechtliches Verhältniß zu einander.

*) L. 2 pr. D. de except. Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cujusque rei solet ad (inter) cludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est.

**) L. 22 pr. D. eod. Exceptio est conditio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem.

***) pr. I. eod. — saepe enim accidit, ut, licet ipsa persecutio, qua actor experitur, justa sit, tamen iniqua sit adversus eum, cum quo agitur. pr. I. de replic. interdum evenit, ut exceptio, quae prima facie justa videtur, tamen inique noceat —. § 1. 2. I. eod.

Einseitigkeit vernichtet die Kraft seines Anspruchs. Denn der heutige Richter, dem es obliegt, ex aequo et bona fide zu entscheiden, muß auch die Thatsachen berücksichtigen, welche zwar nicht das stricte Recht des Gegners bestreiten, aber doch über seine thatsächlichen Behauptungen hinausgehen, und mit dem factischen Inhalt seines Rechts in einem nothwendigen, dieses Recht selbst entkräftenden, Zusammenhang stehen. Jene thatsächliche Differenz ersieht er einfach aus einer Vergleichung der beiderseitigen Anführungen. Aber das Wesentliche der judiciellen Operation ist hier die Einsicht der juristischen Nothwendigkeit des Zusammenhanges jener Thatsachen mit dem Grunde, Object, Subject, überhaupt dem Inhalt des geltend gemachten Rechts. Der Richter muß erkennen, wie der angreifende Kläger u. s. w. die totale Natur des concreten Falles, indem er nur eine bestimmte Seite desselben zur Durchsetzung seines Anspruchs benutzt, absichtlich oder unabsichtlich unberücksichtigt läßt, und doch nicht außer Acht lassen sollte. Dieses Sollen, diese Norm setzt der Kläger sich selbst durch die Art, den Grund und Inhalt seines Angriffes. So z. B. tritt er gegen einen bestimmten Gegner auf, muß darum den concreten Zustand desselben beachten, und eben dieser Zustand ist es, welcher diesen nach einem besonderen Ausnahmsgesetz von dem Anspruch befreit; er beruft sich auf einen bestimmten Grund z. B. einen Vertrag, und übersieht, daß der nämliche Grund auch seinem Gegner wider ihn rechtliche Erwartungen gewährt; er verlangt ein bestimmtes Object, und berücksichtigt nicht die gegenwärtige Beschaffenheit desselben, auf welche sein Recht sich nicht miterstreckt; er macht einen testamentarischen Willen geltend, und verschweigt, daß eben dieser Wille auch seinem Gegner ein auf das nämliche practische Object bezogenes Recht giebt, u. s. w. *) Er muß sich die Consequenzen des (nor-

*) Beispiele: Der Eigenthümer fordert mit der rei vindicatio seine Sache vom Besitzer. Dieser ist ihm jure zur Restitution obligirt. Aber er hat die Sache nicht mehr so, wie sie eigentlich Object des Eigenthums ist. Denn durch seine Impensen ist sie verändert, cultivirt, formirt. Seine Aufopferung steckt als Theil in der Sache, und darauf erstreckt sich das Eigenthum nicht. Dieser Theil ist von der Sache untrennbar; giebt der Kläger ihm also nicht dessen Werth, so geht er über den wahren Inhalt seines Rechts hinaus. Er wider-

mirenden objectiven) Willens gefallen lassen, welchen er selbst für sich aufgerufen hat, muß den Maaßstab, welchen er für

---

spricht sich, denn vermöge seines Eigenthums will er die Sache so, wie sie die seinige ist (er kann sie nur so wollen), und in seiner jetzigen petitio will er sie dennoch so, wie sie jetzt ist. Daher die exceptio doli gegen die rei vindicatio. (L. 10. L. 14 D. de dol. except.). — In der exceptio compensationis behauptet der Beklagte: du darfst zwar fordern, denn jure bin ich dir obligirt; aber du hast schon, was du forderst, widersprichst dir selbst: denn eben die Summe, welche du verlangst, hast du von mir, der ich dadurch dein Gläubiger geworden bin. Schon von dem Augenblick an, wo du die gleiche Summe bekamst, konntest du dein Recht nicht mehr mit Wirksamkeit gegen mich geltend machen. (L. 2. L. 4. L. 21 D. de compensat.). — Der Verkäufer klagt wider den Käufer auf Zahlung des pretium. Der Kaufcontract berechtigt ihn dazu. Aber der nämliche Grund berechtigt auch den Käufer, die Tradition der verkauften Sache zu fordern. Jener macht einseitig sein Recht geltend, und übersieht seine nach dem wahren Sinn des Vertrages eng damit verbundene Pflicht. Er will den Vertrag realisirt wissen, aber will es doch nicht, widerspricht sich, indem er ihn nicht nach seinem ganzen Umfang geltend macht, sondern nur daraus hervorhebt, was ihm nützt. Darum steht seiner actio venditi die exceptio doli entgegen. (L. 25 D. de act. emt.). — Der Verkäufer einer res aliena hat, wenn er später aus irgend einem Grunde Eigenthümer derselben geworden ist, die rei vindicatio gegen jeden Besitzer. Klagt er aber gegen den die Sache besitzenden Käufer, so übersieht er, daß dieser nicht bloß Besitzer, sondern auch sein Käufer ist. Was er mit der Eigenthumsklage haben will, das hat er nach dem Kaufcontract ihm zu geben und zu lassen versprochen (L. 72 D. de rei vind.). — Wenn du aus meinem gewaltsamen oder heimlichen Handeln ein Recht (mit dem interdictum quod vi aut clam) gegen mich geltend machst, so bestreite ich dir das nicht; aber es ist selbstverständige Consequenz (aequum), daß auch du nach dieser von dir selbst gebilligten Norm dich richten und richten lassen mußt: also deine eigene an demselben Object gegen mich verübte, aber von dir verschwiegene, Gewaltsamkeit entkräftet dein Recht (exceptio, quod non tu vi aut clam fecisti. L. 7 § 3 D. quod vi aut clam). — Der Gläubiger hat ein Recht auf Rückzahlung des Gelddarlehns. Aber seine Klage berücksichtigt nicht, daß der Schuldner ein filiusfamilias ist, und das SCt. Macedonianum verpflichtet ihn, darauf Rücksicht zu nehmen. Diese Eigenschaft des Schuldners gehört mit zur totalen Natur des concreten Falles; er aber hebt nur das gegebene Darlehn hervor. Darum ist die Gegenbehauptung seines Gegners eine exceptio (L. 9 § 4 D. de SCto Maced.) Vgl. L. 5 § 1 D. de dol. except. (exceptio aus der lex Falcidia). — L. 30 D. de pec. constit. Si quis

sich als Norm aufgestellt hat, auch wider sich gelten lassen. Das fordert der Grundsatz der aequitas. Die Iniquität seines Anspruchs besteht darin, daß er mit dem Wesen jener von ihm selbst als bindend anerkannten Norm in Widerspruch steht, und dennoch die practische Verwirklichung seines Rechts verlangt. Er hat ein Recht, aber verglichen mit der Totalität der Sachlage und des Verhältnisses der Partheien nur ein einseitiges beschränktes Recht, jus strictum, welches, der wah-

---

duobus pecuniam constituerit, tibi aut Titio, etsi stricto jure propria actione pecuniae constitutae manet obligatus, etiamsi Titio solverit, tamen per exceptionem adjuvatur. Der Constituent ist jure nur dem A obligirt, nicht dem Titius (denn der kann durch den A nicht Gläubiger werden), folglich liberirt ihn auch eigentlich die Zahlung an den Titius nicht. Aber es ist klar, daß der Gläubiger selbst den Titius zur Empfangnahme der Zahlung autorisiren wollte. Klagt er daher noch einmal auf Zahlung, so wird seine Klage durch eine exceptio infirmirt. — Ein und derselbe testamentarische Wille kann Grund einer actio und einer sie repellirenden exceptio seyn, wenn die actio sich zwar auf den ausdrücklichen Willen des Testators stützen kann, aber dabei den vollen und wahren Sinn und Inhalt des Testaments unbeachtet läßt. Vgl. L. 4 § 10 D. de dol. exc. Praeterea sciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli solere: et ideo heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur. L. 8 § 1 D. eod. L. 19 § 1 D. de reg. jur.

Aus der bisherigen Darstellung wird wohl zur Genüge erhellen, daß von römischen Eigenthümlichkeiten hier gar nicht die Rede ist. Diese Exceptionen sind das Ergebniß einer rein theoretischen Operation, und nicht, wie Viele seltsamer Weise anzunehmen scheinen, das Product specieller Gesetzgebung. Der Prätor hat dieser Interpretation nur Luft gemacht durch die allgemeine Zulassung der Exceptionen. Römisch ist, daß und wie der Prätor dies that. Römisch ist die Art, wie darauf die römische Jurisprudenz die einzelnen Exceptionen durch Interpretation hervorbrachte (nämlich durch das Medium des bloßen juristischen Tacts, der sie gewöhnlich sicher genug leitete: in der Regel heißt es in ihren Schriften bloß „puto, exceptionem esse dandam; aequum esse“ u. s. w.). Aber universell, und darum auch uns angehörig, ist das von ihr geschaffene Product, die Exceptionen, selbst. Eine theoretische Anschauung, welche mit römischer Individualität nicht im geringsten Zusammenhang steht, führt auch uns darauf. Das uns Eigenthümliche ist nur, daß die deutsche Jurisprudenz sich der Gründe ihrer Interpretation bewußt seyn, und sie distinct angeben kann.

ren Gerechtigkeit (aequitas) widersprechend, ein abstractes d. h. unwirkliches, practisch nicht durchgesetztes Recht bleibt. Kennt der Kläger die thatsächlichen Momente, welche der Realisirung seines Rechts entgegenstehen, so heißen die Behauptungen des Beklagten, wodurch er die Iniquität des Anspruchs erweist, doli exceptiones.*) Denn dolus allgemein ist absichtliches Unrecht, bewußte Widerrechtlichkeit, wissentlicher Widerspruch gegen die Norm, welche Jemand in einem bestimmten Fall als Norm seines Handelns anzuerkennen verpflichtet ist. Jedes Factum, worauf sich eine exceptio gegen Jemanden gründet, bringt dann eine exceptio doli wider denselben hervor, wenn er eine Kenntniß dieser Thatsache als solcher und ihrer juristischen Qualität, d. h. ihres Verhältnisses zu der Natur des von ihm selbst geltend gemachten Rechts hat.**) Aus der bisherigen Deduction folgt, daß jedes Recht, welches zwar begründet ist, aber eine Iniquität in dem bisher erörterten Sinne enthält, und deshalb durch eine exceptio entkräftet werden kann, ein strictes Recht ist, gleichviel, ob dasselbe auf Bestimmungen des altrömischen Civilrechts, des Edicts, oder worauf sonst sich stützt. Wer den Begriff der exceptio lediglich als Gegensatz des stricto jure behandelten römischen alten Civilrechts faßt, ist in einer historischen, oder richtiger unhistorischen, Beschränktheit befangen, welche den Geist des späteren römischen und unseres heutigen Rechts durchaus miß-

---

*) L. 12 D. de dol. except. Qui aequitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est.

**) Er hat das Bewußtseyn seines Unrechts, wenn er weiß, daß dieses Factum nothwendig zum Inhalt und Begriff seines Verhältnisses zum Beklagten gehört, und er doch nur auf dasjenige Moment dieses Begriffes sich beruft, welches einseitig für ihn ein Recht fundirt; er handelt unrecht, wenn er trotz dieser Einsicht eine Klage gegen ihn erhebt. L. 2 § 5 D. de dol. except. Et generaliter sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus, doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicunque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit. nam, etsi inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose: nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat. L. 1 § 2 D. eod. Sed an dolo quid factum sit, ex facto intelligitur. L. 1 § 3 eod. Et quidem dolo fit tam in contractibus, quam in testamentis, quam in legibus.

kennt. *) Auch giebt die Justinianeische Compilation zu einer solchen Beschränkung des Begriffes nicht die mindeste Veranlassung, da hier eben so häufig von Exceptionen gegen prätorisch entstandene Klagrechte, **) und Rechte, denen Verhältnisse zum Grunde lagen, welche durchaus nach bona fides behandelt wurden, die Rede ist, als von solchen, welche altcivilen Klagrechten entgegenstanden. Eben so ist auch nicht bloß dasjenige ein Exceptionsrecht, welches man einer actio opponirt, sondern die exceptio setzt überhaupt ein für sich begründetes Recht voraus, mag es nun in Form einer actio, exceptio, replicatio, oder duplicatio u. s. f. auftreten. Denn die eigentliche Replik ist nichts als exceptio exceptionis, ***) die eigentliche Duplik nichts als exceptio replicationis u. s. f.

2) Das Exceptionsrecht gründet sich auf Thatsachen, welche von den vom Gegner zur Begründung seines Rechts angeführten Factis verschieden sind. Dieses Merkmal hat es aber gemein mit denjenigen selbstständigen Behauptungen, wodurch man erweist, daß der vom Gegner angeführte Grund seines angeblichen Rechts, also auch dieses Recht selbst ipso jure gar nicht existent geworden, oder doch später wieder aufgehoben sey. Beide Vertheidigungsarten, obwohl nach den obigen Ausführungen unter einander wesentlich verschieden, faßt man heutzutage unter dem Begriff der E i n r e d e zusammen. Die Einrede characterisirt sich dadurch, daß sie immer eine selbständige

---

*) Allerdings bildete die exceptio im römischen Recht ursprünglich bloß einen Gegensatz gegen das alte Civilrecht, und war eins der Mittel, wodurch der Prätor die Herrschaft des strictum jus brach. Aber das ist nur ihre ursprüngliche Erscheinungsform. Nur dieses erste Auftreten der exceptio hat im Auge L. 1 § 1 D. de dol. except. Ideo autem hanc exceptionem Praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit.

**) Z. B. L. 30 D. de pec. constit. L. 7 § 3 D. quod vi aut cl.

***) L. 2 § 1 D. de except. Replicationes nihil aliud sunt, quam exceptiones, et a parte actoris veniunt, quae quidem ideo necessariae sunt, ut exceptiones excludant. semper enim replicatio idcirco objicitur, ut exceptionem oppugnet. L. 22 § 1 D. eod. pr. I. de replicat. — quae replicatio vocatur, quia per eam replicatur atque resolvitur j u s exceptionis —.

positive (d. h. eine neue affirmative oder negative Behauptung enthaltende) Entgegnung ist. Dieser Begriff hat wichtige practische Wirkungen, wie insbesondre aus der Lehre von der Beweislast erhellen wird. Die processualische Einrede unterscheidet sich durch das bezeichnete Merkmal:

a) Von der s. g. rechtlichen Gegendeduction, wodurch der Beklagte die allgemeine rechtliche Existenz der Klage läugnet, nämlich zeigt, daß der vom Kläger behauptete Anspruch überhaupt in den Gesetzen nicht als Recht anerkannt werde.

b) Von der negativen Einlassung, wodurch der Beklagte die concrete rechtliche Existenz der Klage läugnet, und zwar dadurch, daß er die Wahrheit der der Klage zum Grunde gelegten Thatsachen bestreitet. Er läßt sich auf das thatsächliche Fundament des Anspruchs ein, und behauptet bloß, weil er jenes negirt, daß auch dieser, als die Wirkung, nicht bestehe. Dadurch unterscheidet sich diese Art der Vertheidigung von solchen Einreden, wodurch der Beklagte zwar auch die concrete Nichtexistenz des Anspruchs behauptet, aber aus selbstständigen dem Fundament der Klage entgegengesetzten Gründen. *)

3) Das Exceptionsrecht ist die einem bestimmten Subject zustehende rechtliche Möglichkeit, das ihm gegenüberstehende Recht dem practischen Erfolg nach so zu behandeln, als existire es gar nicht. Es ist die Möglichkeit der totalen Vernichtung der Wirkungen eines Rechts; die processualische exceptio d. h. das concret angewandte Exceptionsrecht, ist die wirkliche Aufhebung dieser Wirkungen. Dieser Erfolg ist freilich nur ein relativer, denn er tritt nur ein im Verhältniß zum Excipienten; **) aber bei persönlichen Rechten, weil diese nur

---

*) Hier ist noch zu bemerken, daß man im gemeinen deutschen Proceß den ersten schriftlichen Vortrag des Beklagten, in welchem Exceptionen, Einreden anderer Art, Einlassungen u. s. w. vorkommen können, Exceptionsschrift nennt, wobei also nicht an die eigentliche Bedeutung der Exceptio gedacht werden muß.

**) Nur eine scheinbare Ausnahme ist es, daß die einem Hauptschuldner zustehenden Exceptionen auch dem Bürgen regelmäßig zu Gute

gegen das bestimmte Subject gerichtet sind, reicht das hin, um das Recht ganz wirkungslos zu machen: Recht und Pflicht sind hier total ihres practischen Inhalts beraubt. *) Eine solche Obligation ist so gut als gar keine (quasi nulla obligatio), **) der Gläubiger oder Schuldner dem Effect nach nicht wirklicher Gläubiger oder Schuldner. ***) Ein solches Recht kann weder in Form einer actio, noch als exceptio mit Erfolg auftreten: darum kann die dem Creditor irrthümlich geleistete Zahlung zurückgefordert werden, †) und ist eine solche Forderung nicht zu einer Compensation wider den Gläubiger, noch als practischer Inhalt eines constitutum debiti zu gebrauchen. ††) Auf diese gänzliche Nutzlosigkeit einer durch eine Exceptio infirmirten Forderung, nicht aber auf Eigenthümlichkeiten des römischen Formularprocesses ist der Ausspruch zu beziehen: „Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur.“ †††) Bei dinglichen

kommen (nämlich die exceptiones rei cohaerentes L. 7 § 1 D. de except. L. 2 § 2 D. de dol. except.), denn diese Abweichung ist doch nur im Interesse des Schuldners selbst, indem er, wenn der Bürge ohne Rücksicht auf die Exceptionen des Schuldners vom Gläubiger zur Zahlung gezwungen würde, dem ersteren zur Entschädigung verpflichtet, mithin selbst des Nutzens seiner Exceptionen beraubt seyn würde.

*) Daher die Ausdrücke: inanis obligatio (L. 8 § 9 D. ad SCt. Vellej. L. 95 § 2 D. de solut.), inanis actio (L. 24 D. mandat.), inanis stipulatio (L. 39 D. de donat. i. v. et u.).

**) L. 7 § 8 D. de dol. mal.

***) L. 42 § 1 D. de obligat. L. 55 D. de verb. signif. Creditor autem is est, qui exceptione perpetua summoveri non potest; qui autem temporalem exceptionem timet, similis est conditionali creditori d. h. der, welchem eine bloße dilatorische Exceptio entgegensteht, kann doch wirklicher Gläubiger werden, wenn das temporaire Hinderniß, worauf die Exceptio sich gründet, weggefallen ist. L. 66 D. de reg. jur. Desinit debitor esse is, qui nanctus est exceptionem justam, nec ab aequitate naturali abhorrentem. Eine exceptio, quae ab aequitate naturali abhorret ist nämlich eine solche, die wiederum durch eine Replik entkräftet werden kann. Hierdurch wird der Debitor wieder dem Effect nach wirklicher Schuldner.

†) L. 26 § 3. L. 40 pr. D. de condict. indeb.

††) L. 14 D. de compensat. L. 3 § 1 D. de pec. constit.

†††) L. 112 D. de reg. jur. — Von dieser Regel giebt es nur ge-

Rechten, deren Natur es ist, nicht gegen ein bestimmtes Subject gerichtet zu seyn, tritt der bloß relative Effect der Exceptio erst deutlich hervor. Denn wenn auch das dingliche Recht gegen den bestimmten Besitzer des Objects, welcher ein Exceptionsrecht erworben hat, völlig kraftlos wird, so kann es doch später noch gegen Andere seine volle Wirksamkeit äußern. *)

---

ringe Ausnahmen, wo das Exceptionsrecht dem Berechtigten nur die Möglichkeit einer wirksamen Klage, nicht aber alle anderen Wirkungen, die ein Recht sonst noch haben kann, insbesondere nicht seine Geltendmachung durch eine exceptio, nimmt. Der Berechtigte kann hier den Obligirten nicht zur Leistung zwingen, braucht aber die Rückfordrung der schon wirklich geschehenen Leistung nicht zu leiden (wesentliches Merkmal der obligatio naturalis). Ein Beispiel: die exceptio SCti Macedoniani (L. 10 D. de SCto Maced.); vgl. S. 43, Not. *. — Einige römische Juristen haben es versucht, eine allgemeine Regel darüber aufzustellen, unter welchen Voraussetzungen eine Exceptio die angegebene, regelmäßige, und wann sie die von uns als Ausnahme bezeichnete Wirkung habe. Sie sagen: wenn die gesetzliche Einführung einer exceptio vorzugsweise zum Vortheil und zur Begünstigung des Schuldners (quoniam exonerare eum lex voluit) geschehen ist, so tilgt sie die ganze Kraft des Rechts; wenn aber bloß zum Nachtheil oder zur Strafe des Gläubigers (ob poenam, in odium creditoris), so bleibt ihm doch noch ein naturales durch exceptio geltend zu machendes Recht (naturalis obligatio manet, solutum non repetitur) L. 19 pr. L. 40 pr. D. de condict. indeb. L. 9 § 4. 5. L. 10 D. de SCto Maced. Es ist dies aber eine durchaus falsche Abstraction aus den beiden Fällen der exceptio SCti Vellejani und Macedoniani. An den Entscheidungen der römischen Juristen ist das Beste die Entscheidung selbst. Gründe geben sie meistens nicht an, und wo es geschieht, drücken sie sich oft sehr unklar aus, vergreifen sich auch nicht selten in der Wahl dieser Gründe. Seltner aber kommt es vor, daß sie gradezu aus den legislativen factischen Gründen eines Gesetzes weitgreifende Schlüsse ziehen. Hiervon giebt Obiges ein Beispiel (vgl. S. 27, Not. *).

*) Nicht grade immer, nämlich nicht gegen diejenigen, welche ihr Recht an dem Object von dem Besitzer ableiten, welcher zuerst das Exceptionsrecht erwarb: denn auf diese geht die exceptio rei cohaerens über (L. 28 C. de evict. L. 3 pr. D. de except. rei vend. et trad. L. 14 § 1 D. commun. divid.). Der Besitzer, welcher durch eine exceptio perpetua sich gegen die actio in rem schützen kann, hat juristisch in seinem Vermögen eben dieses ihn im Besitz schützende Vertheidigungsmittel. Veräußert er die Sache, so veräußert er eben dies exceptivische Schutzmittel. Daher kann denn der Successor die Sache

Wenn die Exceptio nur temporair die Realisation des Klagrechts ausschließt, also auf einem Grunde beruht, welcher nur ein zeitiges Hinderniß der Effectuirung des begründeten Rechts ausmacht, so heißt sie exceptio dilatoria s. temporalis (verzögerliche Einrede). Durch Beseitigung eines solchen Hindernisses erlangt hier das Recht wieder seine volle Wirkung. Kann dagegen der Grund der Exceptio vom Kläger nicht beseitigt werden, steht also die Exceptio dauernd der Wirksamkeit seines Rechts entgegen, so heißt sie peremtoria s. perpetua exceptio (zerstörliche Einrede). *) Kann eine Exceptio nur von dem bestimmten Subject, welches sie erworben hat, gebraucht werden, so nennt man sie personae cohaerens; steht sie auch den Erben und Bürgen eines Obligirten, oder den Successoren des Besitzers einer Sache zu, so heißt sie rei cohaerens. **) Eben diese Ausdrücke gebraucht man ferner auch zur Unterscheidung der Exceptionen, welche nur gegen eine bestimmte Person gerichtet werden können, von solchen, welche vom Besitzer einer Sache einem jeden Kläger opponirt werden können. ***) Endlich lassen sich auch hier, wie unter den Actionen,

---

selbst nur so weit gegen den Vindicanten schützen, als sein Auctor selbst es vermocht hätte (z. B. nur wegen der von Diesem verwandten Impensen L. 14 § 1 D. l. l.). Vgl. L. 52 D. de acquir. rer. domin. Rem in bonis nostris habere intelligimur, quotiens possidentes exceptionem habemus —. L. 4 § 32 in f. D. de dol. except.

*) § 10 I. de except. Temporales atque dilatoriae sunt, quae ad tempus nocent, et temporis dilationem tribuunt —. L. 2 § 4. L. 3 D. eod. — temporales atque dilatoriae sunt, quae non semper locum habent, sed evitari possunt —. § 9 I. eod. Perpetuae et peremtoriae sunt, quae semper agentibus obstant, et semper rem, de qua agitur, perimunt —. L. 3 D. eod.

**) L. 7 pr. § 1 D. de except. L. 24. L. 25 D. de re judic. L. 2 § 2 D. de dol. except.

***) L. 2 § 1. L. 4 § 33 D. de dol. except. Die doli exceptio, weil sie aus einem Delict der Person entsteht (L. 4 § 27 D. eod.), ist regelmäßig personell. Nur dann ist sie rei cohaerens s. in rem, wenn der Gegner auf die Besitzzeit seines Auctor, dem sie eigentlich entgegensteht, sich beruft, um sein Recht zu begründen, oder wenn er ex lucrativa causa (als Legatar, Donatar u. s. w.) ihm succedirt. (L. 4 § 27. 30. 31. D. eod.)

utiles und in factum exceptiones von den vulgares (nominatae) unterscheiden. *)

## Zweite Abtheilung.

### Das Recht im Zustande der Verletzung.

§. 11.

Im Kampf gegen die Verletzung verwirklicht sich das Recht, und entfaltet seine Natur: dieser Kampf ist der gerichtliche Streit. Der Angriff stellt das Recht in Zweifel, und provocirt es, sich der Prüfung des Staats im Organ des Gerichts zu unterwerfen. Nur, wenn es diese bestanden, ist es wirkliches Recht. Das Streben nach diesem Ziel, die Verwirklichung, wird hervorgerufen durch die Verletzung. Sie treibt das Recht, sich geltend zu machen, d. h. die Eigenschaften (allgemeiner Anerkennung, Möglichkeit des Zwanges u. s. w.), welche es bis dahin nur unmittelbar und an sich (als bloß mögliche, dem Begriff und der Anlage nach) hat, selbstthätig hervorzubringen, zu realisiren. Das Recht, bis dahin abstracte Möglichkeit der Klage und Exceptio, wird nun concret begründetes Klag- und Exceptionsrecht. Das verletzte Recht ist das zur lebendigen Wirksamkeit und selbständigen Aeußerung erweckte Recht, actio, exceptio **nata**. **)

Die privatrechtliche Theorie, welche die Frage zu beantworten hat, unter welchen Voraussetzungen das verletzte und

---

*) L. 21 D. de praescript. verb. Quotiens deficit actio vel exceptio, *utilis* actio vel exceptio est. L. 19 § 5 D. ad Sct. Vellej. L. 5 C. de usur. L. 41 D. de minor. — L. 4 § 16 D. de dol. except. L. 27 D. de pec. constit. L. 20 D. de Scto Maced. L. 14. L. 23 D. de except. L. 4 D. usufruct. quemadmod. car.

**) Der Zustand der Verletztheit ist die Vorbedingung zur *selbstthätigen* Entwicklung des Rechts, indem ihm nun sein Inhalt nicht mehr gegeben oder gelassen, sondern von ihm erzwungen wird. Das Recht wird auf diesem Punct seiner Entwicklung Grund seines Daseyns, denn es macht sich zum geltenden Recht, und seine Wirkung (d. i. seine Wirklichkeit) geht jetzt von ihm selbst aus.

dadurch concret begründete Recht practisch sich geltend machen kann, geht von folgenden Grundsätzen aus:

1) Das verletzte Recht darf sich nicht leidend verhalten, sondern muß in einer gesetzlich bestimmten Frist gegen die Verletzung reagiren. Versäumt es dies, so ist die Folge davon seine totale juristische Unwirksamkeit gegen den Verletzer. Das träge Recht vernichtet sich selbst. (Lehre von der Klagverjährung).

2) Das Klagrecht muß bei Lebzeiten des Verletzten oder Verletzers ausgeübt werden, wenn es seinem Grunde nach bloß persönlich Jenem zusteht, oder nur wider die Person des Letzteren gerichtet ist. (Lehre von Translation der Klagrechte auf und wider die Erben).

3) Wo zwei gesetzmäßig entstandene Rechte nicht neben einander wirksam seyn können, da muß entweder eins unausgeübt bleiben, oder beide müssen wirkungslos werden. (Lehre von Collision der Rechte).

4) Wenn ein Klagrecht durch rechtskräftiges Urtheil schon anerkannt oder verworfen, oder vom berechtigten Subject selbst aufgegeben ist, so kann das, wenn auch der juristischen Form nach von ihm verschiedene, aber doch im Wesen mit ihm identische Klagrecht nicht ferner geltend gemacht werden. (Lehre von Concurrenz der Klagrechte).

Es wird demnach gehandelt werden:

## A. Von der Klagverjährung (erlöschende Verjährung der Klagrechte, praescriptio actionum).

Der Betrachtung liegt hier vor ein Recht, welches seine unmittelbare Befriedigung nicht hat, und, um nicht inhaltslos zu bleiben, genöthigt ist, sich seinen practischen Inhalt zu erzwingen, und durch die That das zu erwerben, was es seinem Begriff nach haben soll. Diese That ist das Auftreten des Rechts in Form einer processualischen Partheihandlung, seine Geltendmachung durch processualische actio. Das gemeine Recht schreibt vor, daß diese Geltendmachung innerhalb einer bestimmten Frist geschehen soll. Läßt der Berechtigte diese Frist unbe-

nutzt verstreichen, so hat diese Nachlässigkeit unmittelbare Rückwirkung auf das Bestehen des Rechts selbst: nämlich die fortdauernde, weder von dem Verletzer selbst durch freiwillige Anerkennung des Rechts unterbrochene, noch vom Verletzten durch gerichtlichen Zwang aufgehobene Verletzung vernichtet seine Wirksamkeit gegen den Lädenten. Dies ist das Wesen der Klagverjährung. Es giebt andere Rechtsinstitute, welche mit ihr in dem Merkmal übereinstimmen, daß der Ablauf einer gesetzlichen Frist einen juristischen Einfluß auf Rechte und Verbindlichkeiten ausübt, aber sonst in wesentlichen Voraussetzungen und in den Wirkungen von ihr abweichen. Jene oberflächliche Aehnlichkeit darf daher nicht verleiten, diese verschiedenen Institute als bloß verschiedene Erscheinungen eines und desselben juristischen Begriffes aufzufassen. Es giebt juristisch gar keinen solchen höchsten Begriff, wie man ihn unter dem Namen „Verjährung" aufzustellen versucht hat. *)

*) Diese Versuche waren darauf gerichtet, verschiedene Lehren, wo von Verlust oder Erwerb von Rechten durch Ablauf einer bestimmten oder unbestimmten Frist gehandelt wird, unter dem Allgemeinbegriff der Verjährung zusammenzufassen. Man gelangt zu diesem angeblich juristischen Begriff natürlich nur auf Kosten der characteristischen Merkmale der einzelnen Institute, welche in ihm begriffen seyn sollen, nämlich eben durch Abstraction von diesen wesentlichen Kriterien. Man gewinnt dadurch nur einen willkührlichen Begriff und ein Paar Eintheilungen für's Gedächtniß, aber nichts, was einen wirklich juristischen d. h. practischen Werth hätte, und was man nicht ohnehin schon aus der Natur der verschiedenen unter jenen Begriff subsumirten Rechtsinstitute deduciren könnte. Man verliert aber sehr viel, indem eine solche Behandlung unvermeidlich die wesentlichen Züge jedes dieser besonderen Institute verwischt, und sich außer Stand setzt, den eigenthümlichen leitenden Gedanken des besondern Begriffs festzuhalten, und im Detail des Rechts zu verfolgen. — Im Folgenden soll eine Uebersicht dieser zum Theil noch gangbaren, nach unserer Ansicht überflüssigen Eintheilungen gegeben werden. Man nennt „Verjährung (praescriptio)" den Verlust eines Rechts, welcher sich darauf gründet, daß Jemand binnen einer gewissen Zeit von seinem Recht keinen Gebrauch macht, oder sich den Anmaßungen eines Andern nicht widersetzt. Diese kann nach ihrem Ursprung praescriptio legalis, conventionalis, testamentaria und judicialis seyn. Die conventionelle und testamentarische Präscription gründen sich darauf, daß durch Vertrag oder Testament die Ausübung eines Rechts auf eine bestimmte Zeit beschränkt ist (z. B. L. 7 § 1 D. de distract. pignor. L. 41. L. 43 D. ex quib. caus.

Die Klagverjährung ist der Verlust der Wirkungen eines verletzten, während einer bestimmten Frist gerichtlich nicht geltend gemachten Rechts wider den Verletzer, oder, was dasselbe ist, der Erwerb eines Exceptionsrechts gegen ein durch Verletzung concret begründetes Klagrecht wegen Nichtausübung desselben während einer bestimmten Frist. Die Klagverjährung setzt also voraus: *)

---

major.), die judicielle darauf, daß durch richterlichen Befehl die Vornahme einer bestimmten Handlung binnen einer bestimmten Frist bei Verlust des Rechts auferlegt worden ist, was in die Lehre vom Proceß gehört. Die legale Präscriptio ist entweder definita oder indefinita (immemorialis, unvordenkliche Verjährung), je nachdem die Verjährungsfrist eine gesetzlich bestimmte Dauer hat, oder überhaupt nur das factische Bestehen eines gewissen Zustandes seit unvordenklicher Zeit (über Menschengedenken hinaus) gefordert wird. Die praescriptio definita wiederum ist entweder extinctiva, wenn der Gewinn des Präscribenten lediglich darin besteht, daß seinem Gegner durch die Präscription ein rechtlicher Vortheil verloren geht, oder acquisitiva (erwerbende Verjährung, Ersitzung), wenn der Präscribent dadurch einen positiven Erwerb macht. Letztere ist translativa, wenn der Erwerb grade in dem Recht besteht, welches der Gegner verliert (z. B. Usucapion des Eigenthums), oder constitutiva, wenn der Erwerb in der Entstehung einer vorher nicht bestandenen das Recht des Gegners beschränkenden oder aufhebenden Befugniß besteht (z. B. Ersitzung einer Servitut). Die erlöschende Verjährung endlich ist entweder extinctio juris per non usum, wenn ein Recht durch bloße Nichtausübung des Berechtigten während der gesetzlichen Frist erlischt, oder praescriptio extinctiva in specie, wenn der Verlust des Rechts eine demselben widerstreitende Handlung des Verpflichteten (usucapio libertatis) voraussetzt. Endlich pflegt nach einem andern Gesichtspunkt die erlöschende Präscription in die Klagenverjährung und Extinctivverjährung der Rechte (z. B. Servituten, Privilegien) getheilt zu werden.

*) Den Juristen darf nur der juristische Grund der Klagverjährung interessiren, wenn es sich um Deduction practischer Folgerungen handelt. Dahin gehört nun aber ohne Zweifel die Vernachlässigung eines Klagrechts, zu dessen Ausübung den Berechtigten die Verletzung seines Rechts antreiben mußte. Daher sagt ganz richtig L. 3 C. de annal. except. — cum contra desides homines et sui juris contemptores odiosae exceptiones oppositae sint. Das gesetzgeberische Motiv der Einführung des Instituts, der Zweck, welchen der Gesetzgeber dadurch erreichen wollte, ist vielleicht Beförderung der Rechtssicherheit, insbesondre Befreiung des Beklagten von den Nachtheilen der durch des Klägers Zögerung erschwerten Rechtsvertheidigung. Aber

1) Einen solchen factischen Zustand des dinglich oder persönlich Verpflichteten, welcher dem Inhalt, der practischen Wirksamkeit des an sich begründeten Rechts unmittelbar widerspricht, also objectiv rechtsverletzend ist. Das Recht, welches, um realisirt zu werden, der richterlichen Hülfe bedarf,*) ist actio nata. Aber auch nur das objectiv Verletzende der positiven oder negativen Thätigkeit des Verpflichteten kommt hier in Betracht, nicht das subjective Verhalten desselben, mithin ist ganz gleichgültig, ob ihm jenes Thun als Schuld imputirt werden kann, also ob er in bona oder mala fides, ob er in mora sich befindet, oder nicht. Dem Richter, welchem die Frage über die Verjährung vorgelegt ist, kommt es nur darauf an, zu erkennen, ob des Verpflichteten factischer Zustand als solcher dem Recht seine Wirksamkeit zu entziehen drohte, folglich der Verletzte sich aufgefordert fühlen mußte, sein Recht geltend zu machen. Zugleich ergiebt sich hieraus von selbst, daß der Richter, ehe er an die Untersuchung über die Verjährung des Klagrechts geht, schon die entschiedene Ueberzeugung haben muß, daß das Recht des Klägers an sich begründet sey. Die verschiedene Natur der dinglichen und persönlichen Rechte macht nun noch folgende nähere Erörterung nöthig:

a) Der Anfang der Verjährung des persönlichen Klagrechts, also der Moment der actio nata, fällt nicht nothwendig mit dem Augenblick des Erwerbs des persönlichen Rechts an sich zusammen. Denn obwohl die Verletzung des Rechts (als Erforderniß des Anfangs der Klagverjährung) voraussetzt, daß das Recht als solches erworben (dies cessit), und auch die Möglichkeit, die Erfüllung

---

es ist ein falscher Gebrauch dieser ratio legis, wenn man daraus Schlüsse zieht auf die Natur der Wirkungen der Klagverjährung.

*) In L. 4 C. de praescript. 30 vel 40 ann. wird das so bezeichnet „— sed quicunque super quolibet jure, quod per memoratum tempus inconcussum et sine ulla re ipsa illata judiciaria contentione possedit, superque sua conditione, qua per idem tempus absque ulla judiciali sententia simili munitione potitus est, sit liber — d. h. wer unangegriffen während der Verjährungsfrist den Inhalt des Rechts besaß, und in einem dem Recht widersprechenden Zustand verharrte, soll nach Ablauf der Frist frei seyn von jeglichem gerichtlichen Angriff.

der Verbindlichkeit zu fordern, gekommen (dies venit) *) ist, so können doch sehr wohl jene beiden Momente eingetreten seyn (z. B. bei einer unbedingten und unbetagten Schuld), ohne daß actio schon nata ist. Im Allgemeinen läßt sich die Voraussetzung des Anfangs der Verjährung des persönlichen Klagrechts so bezeichnen: es muß irgend eine Thatsache vorliegen, welche den (verschuldeten oder durch genügende Gründe entschuldigten) Widerspruch des Obligirten gegen das Recht manifestirt, wozu aber schon ausreicht, wenn in dem Moment, wo nach der Natur **) des Obligationsverhältnisses, oder

*) L. 213 pr. D. de verb. signif. Cedere diem, significat, incipere deberi pecuniam; venire diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies; ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit; ubi sub conditione, neque cessit, neque venit dies pendente adhuc conditione.

**) Solche Fälle sind: Der Pfandcontract (contractus pigneratitius) berechtigt den Schuldner zur Erwartung der Restitution der verpfändeten Sache nach Bezahlung der Pfandschuld. Geschieht die Restitution nun nicht, so ist actio pigneratitia directa gegen den ehemaligen Gläubiger nata, und die Verjährung dieser Klage beginnt von da an (L. 9 § 3 D. de pignerat. act.). — Bei der unbetagten locatio versteht sich nach der Natur des Verhältnisses von selbst, daß nach geschehener Kündigung der locator auf die Restitution des Objects rechnen dürfe. Geschieht sie nicht unmittelbar in diesem Moment, so ist actio locati gegen den conductor nata. — Das precarium giebt dem Precisten zwar einen von Anfang an nur mangelhaften Besitz (vitiosa possessio), weil die Dauer desselben durchaus von der Willkühr des precario dans abhängt; aber dieses abstracte Fordrungsrecht (interdictum de precario) wird doch erst concretes Klagrecht (interdictum natum), wenn nach geschehener Rückfordrung der Precist nicht restituirt, und nun erst beginnt die Klagverjährung. — Das Recht des Theilnehmers an einer communio ist verletzt, wenn Einer seiner Mitinteressenten sich durch irgend eine Handlung eine Disposition über einen bestimmten körperlichen Theil der noch reell ungetheilten Sache anmaaßt, weil eben sein Recht nur auf einen intellectuellen Antheil geht. Von diesem Augenblick an ist actio communi dividundo, actio familiae herciscundae, actio finium regundorum nata. — Nach der Natur des Totalverhältnisses ist der Moment, wo die Herausgabe der dos erwartet werden darf, regelmäßig die Auflösung der Ehe durch Tod oder Ehescheidung. Von da an be-

nach einer besonderen Nebenberedung *) die Leistung wirklich erwartet werden kann, nicht geleistet, und auch nicht

ginnt daher die Verjährung der Rückfordrungsklage, wenn die Restitution nicht geschehen ist (L. 7 § 4 C. de praesc. 30 vel 40). — In vielen Fällen ist es der stillschweigende Wille der Contrahenten, daß die Solution dann geschehen solle, wenn der Gläubiger seinen Willen, nunmehr befriedigt zu werden, speciell (durch Interpellation, Mahnung) geäußert haben werde (so bei dem simplen unbedingten und unbetagten Darlehn). Hier ist die Pflicht zur Leistung schon früher vorhanden, aber nach dem selbstverständigen Sinn des Contracts erwartet der Gläubiger die wirkliche Leistung nicht, bevor er seinem Schuldner den Zahlungsmoment speciell bezeichnet hat. Ist dieser nach erfolgter Interpellation zahlungssäumig (gleichviel, ob juristisch in mora, oder nicht), so liegt unmittelbar darin eine Verletzung des Fordrungsrechts, actio ist nata.

*) Wenn bei einem Rechtsgeschäft durch besonderen Nebenvertrag ein bestimmter (dies certus) oder unbestimmter Moment (conditio, dies incertus) als Erfüllungstermin bezeichnet worden ist, so enthält die Nichterfüllung die das Klagrecht concret begründende Verletzung (L. 7 § 4 C. l. l. Illud autem plusquam manifestum est, quod in omnibus contractibus, in quibus sub aliqua conditione vel sub die certa vel incerta stipulationes et promissiones vel pacta ponuntur, post conditionis exitum, vel post institutae diei certae vel incertae lapsum, praescriptiones triginta vel quadraginta annorum, quae personalibus vel hypothecariis actionibus opponuntur, initium accipiunt. —). Beispiele: Durch das pactum de retrovendendo und das pactum displicentiae ist schon vermöge des bloßen Vertrages das Recht zur Wiederaufhebung des Kaufs begründet, welches aber nur dann mit Grund gerichtlich geltend gemacht wird, wenn der in jenem Vertrag enthaltene bedingende Umstand eingetreten ist, und das Verhalten des Mitcontrahenten dann nicht dem Recht entspricht, nämlich im ersten Fall, wenn der zum Wiederkauf Berechtigte sich bereit erklärt hat, für einen angemessenen Preis nunmehr das Object wieder anzunehmen, und im zweiten Fall, wenn der Berechtigte nur seinen Willen ausgesprochen hat, den Handel nun rückgehen zu lassen. Leistet der Obligirte nun nicht freiwillig, so hat Jener ohne Zweifel jetzt, aber auch jetzt erst, Grund, wirklich zu klagen (actio nata). (Daß der Eintritt der Bedingung in beiden Fällen von dem Willen des Gläubigers abhängt, macht keinen Unterschied, denn auch die conditio potestativa ist eine wahre Bedingung. Auch steht nicht entgegen die Regel der L. 161 D. de reg. jur., denn sie findet nur da Anwendung, wo der Eintritt des das Recht des Contrahenten bedingenden Thatumstandes durch den, welcher bei dem Nichteintreten desselben interessirt ist, gehindert wird. In den obigen Beispielen liegt aber

die Bereitwilligkeit zur Leistung, also die Anerkennung des Rechts, erklärt worden ist. Von diesem Augenblick

---

grade das Eintreten der Bedingung, also die wirkliche Vornahme der von ihm abhängigen Handlung im Interesse des Gläubigers). — Das Recht des Verkäufers aus dem pactum addictionis in diem ist dann verletzt, und actio nata, wenn der Käufer, nachdem er die Acceptation des besseren Gebotes erfahren hat, nicht das Object gehörig restituirt. — Wenn irgend ein Rechtsgeschäft contrahirt ist (auf vierteljährige, halbjährige u. s. w.) Kündigung, d. h. unter der Nebenbestimmung, daß innerhalb der bestimmten Frist nach geschehener Kündigung die Leistung erfolgen solle, so macht die wirkliche Kündigung und der Ablauf jener Frist den unbestimmten Moment aus, von dessen Eintritt das concrete Klagrecht und der Anfang der Verjährung abhängt. Denn leistet der Obligirte nun nicht, so hat der Berechtigte Grund, mit einer Klage gerichtlich aufzutreten. Wenn ferner eine Fordrung ganz allgemein „auf Kündigung" steht (d. h. die Leistung nach Kündigung versprochen worden ist), so darf der Gläubiger ohne Zweifel klagen, wann er will, indem er auch durch die gerichtliche Klage selbst die Kündigung beschaffen kann; aber ein concret begründetes Klagrecht (d. h. einen Grund, wirklich die Klage zu erheben,) hat er doch erst, wenn nach wirklich-geschehener Kündigung nicht alsbald die Zahlung erfolgt. Klagt er früher, so kann es geschehen, daß er die Klage fallen lassen muß, wenn der Schuldner zur sofortigen Zahlung bereit ist, und durch diese freiwillige Leistung erweist sich dann die wirkliche Klage als eine grundlose, durch keine Verletzung provocirte. — Bei Contracten, wo Zinsen versprochen sind, beginnt die Verjährung mit dem Moment, wo jedesmal die Zinszahlung geschehen sollte. Das Klagrecht auf Leistung der einzelnen contractlichen Zinspräſtanden muß bei jedesmaligem Eintritt des Zahlungstermins ausgeübt werden, sonst beginnt die Verjährung. Dies ist der Sinn der L. 8 § 4 C. de praescript. 30 vel 40 ann., welche von Vielen fälschlich auf die Verjährung der Capitalschuld bezogen wird, welche bei Nichtzahlung der Zinsquoten beginnen solle. Man muß hierbei entweder zu der absurden Behauptung kommen, die Nichtzahlung der Zinsen enthalte zugleich die Läugnung der Capitalschuld, oder seine Zuflucht zu der Supposition nehmen, die Stelle erwähne nur nicht, daß auch die actio wegen des Capitals schon für sich nata sey. Das Umgekehrte freilich, daß, wenn die Zinsobligation überhaupt, nämlich die Capitalschuld geläugnet, und darauf das Klagrecht verjährt ist, dann auch der Anspruch auf die einzelnen Zinsen vernichtet ist, ist völlig richtig, und versteht sich nach der accessorischen Natur der Zinsen von selbst. (L. 26 pr. C. de usur.). — Die Verjährung von Klagen, welche auf terminliche Leistungen (Renten, Gefälle u. s. w.) gehen, beginnt mit dem Ablauf eines jeden Termins für das dann fällig ge-

an fordert den Gläubiger das rechtsverletzende Verhalten des Obligirten zur gerichtlichen Verfolgung seines Rechts auf, folglich kann er auch von da an für die Nichtausübung seines Klagrechts verantwortlich gemacht werden. Aber auch nur das objective Verhalten des Verpflichteten als solches kommt hier in Betracht, nicht seine bona oder mala fides, nicht, ob seine Nichtleistung eine ihm imputable, also subjectiv unrechtliche Verletzung

---

wordene Prästandum. Denn, wie immer bei betagten Ansprüchen, muß, damit actio nata sey, der dies eingetreten seyn. Diese Verjährung betrifft aber nur die einzelnen rückständigen Gefälle. Dagegen das durch Vertrag oder Testament begründete Recht, künftig zu gewissen Zeiten gewisse Leistungen fordern zu können, ist als solches gar nicht klagbar, kann folglich auch nicht durch Nichtausübung gegen die Verletzung verjährt werden. Allerdings kann auch diesem Recht factisch widersprochen werden; aber dieser Widerspruch ist juristisch bedeutungslos und nicht Grund einer Verjährung, denn nur die actio nata verjährt, und diese ist nichts als das Klagrecht im Zustand der Verletzung. Kann nun die Verjährung der noch nicht fälligen Schuld nicht beginnen, so folgt, daß sie auch nicht durch Ablauf einer Verjährungsfrist vollendet werden kann. Hat also der Schuldner auch 30 Jahre lang die Gefälle nicht entrichtet, so ist dadurch doch nicht das Recht, von ihm die künftig fälligen Leistungen, oder die einzelnen noch nicht völlig verjährten Rückstände zu fordern, vernichtet, z. B. der Emphyteuta kann nun nicht behaupten, der Eigenthümer könne ihn nicht mehr zur Zahlung des canon zwingen (wodurch sein ohnehin dem Eigenthum nahe kommendes Recht für ihn so gut wie wirkliches Eigenthum werden würde), und eben so wenig kann der conductor nun die Zahlung der künftig fälligen merces, und hierauf gestützt, etwa gar die Restitution der Sache verweigern. (L. 7 § 6 C. h. t. In his etiam promissionibus vel legatis, vel aliis obligationibus, quae dationem per singulos annos vel menses, aut aliquod singulare tempus continent, tempora memoratarum praescriptionum non ab exordio talis obligationis, sed ab initio cujusque anni vel mensis vel alterius singularis temporis computari manifestum est: nulla scilicet danda licentia vel ei, qui jure emphyteutico rem aliquam per quadraginta vel quoscunque alios annos detinuerit, dicendi, ex transacto tempore dominium sibi in iisdem rebus quaesitum esse, cum in eodem statu semper manere datas jure emphyteutico res oporteat: vel conductori seu procuratori rerum alienarum dicenti, ex quocunque temporum curriculo non debere se domino, volenti post completa conductionis tempora possessionem recipere, eandem reddere. Vergl. L. 2 C. eod.)

ist, also nicht, ob er juristisch als ein moroser Debitor anzusehen ist. *)

---

*) Der Gläubiger hat, mag seinem Recht bona oder mala fide widersprochen seyn, gleich hinreichende Ursache, klagend aufzutreten, und eben deshalb soll er innerhalb der gesetzlichen Frist auftreten. Es ist hier zu beachten, daß, wenn die bisherige Darstellung die Interpellation oder den Eintritt des bestimmten Zahlungstermins in gewissen Fällen zur Begründung der actio nata nothwendig erachtete, dabei keineswegs die Concurrenz solcher Umstände vorausgesetzt werden sollte, welche zur Hervorbringung der nachtheiligen Folgen der mora erforderlich sind. Denn nicht das objectiv verletzende Verhalten des Schuldners, sondern die culpose Verletzung begründet seine mora (L. 114 D. de verb. obligat. — et per promissorem steterit —. L. 9 § 1 D. de usur. — ejus temporis inculpatam esse moram —). Um diesen Unterschied begreiflicher zu machen, soll nur folgendes angeführt werden. Juristisch ist mora ausgeschlossen, wenn der ausdrücklich oder durch Eintritt des dies certus interpellirte Schuldner sich durch eine exceptio perpetua gegen die actio schützen kann (L. 21. L. 24 pr. D. de usur. L. 63 D. de reg. jur.). Aber die actio ist dennoch nata. Die Verjährung beginnt zu laufen, wenn der Gläubiger sie nicht geltend macht, und nach Ablauf der Verjährungsfrist braucht der Schuldner sich nicht mehr auf jene exceptio zu berufen, sondern kann sich nun durch temporis praescriptio schützen. Anwendungen hiervon: Der Verkäufer kann gegen die (z. B. durch Eintritt des Termins) concret begründete actio emti auf Tradition der Sache die exceptio doli opponiren, wenn der Käufer seinerseits noch nicht den Kaufpreis gezahlt hat. Der Verkäufer ist hier also nicht in mora, und dennoch actio nata, und die Verjährung fängt an zu laufen. (Hiermit steht nicht in Widerspruch L. 13 § 8 D. de act. empt. in den Worten „si pretii partem offerat, nondum est ex empto actio," denn der folgende Satz mit „enim" zeigt, daß nur gesagt seyn soll, der Käufer habe noch keine wirksame Klage, könne noch nicht die Ueberlieferung der Sache erzwingen, wenn der Verkäufer sich der exceptio bedienen wolle. Auch erhellt dies aus § 9 eod., wo dem Wesen nach derselbe Fall nur in andrer Form vorliegt. Hier klagt der emtor evictus, der noch nicht das volle pretium gezahlt hat, zwar nicht auf die Sache, aber auf deren Werth, und wird mit der doli exceptio repellirt). — Die actio pigneratitia directa auf Restitution der Pfandsache beginnt zu verjähren, wenn der Pfandschuldner die Pfandschuld gezahlt hat, und doch könnte er die Klage nicht durchführen, bevor e seinen Gläubiger auch wegen der bloß chirographarischen Fordrung befriedigt haben würde, wenn dieser nämlich von der ihm zustehenden doli exceptio Gebrauch machen wollte (L. 9 § 3 D. de pignerat. act. L. un. C. etiam ob chirogr. pec.). — Die Klage des Gläubigers

b) Auch das dingliche Recht wird actio nata durch einen objectiv verletzenden Zustand eines dinglich Verpflichteten, welcher dem Recht seinen factischen Inhalt entzieht, und mit der practischen Wirksamkeit desselben in directem Widerspruch steht. *) Die Verjährung fängt also nicht mit dem geschehenen Erwerb des dinglichen Rechts an, sondern erst dann, wenn der Berechtigte Grund hat, es gerichtlich geltend zu machen, was offenbar dann der Fall ist, wenn ein seinem Recht entgegenstehendes Factum ihm den Genuß desselben entzieht. **) Auch hier

---

gegen den Bürgen fängt an zu verjähren, wenn dieser die fällige Schuld zu zahlen sich weigert, obwohl er mit der exceptio excussionis die Klage unwirksam machen kann. — In allen diesen Fällen ist es kein Widerspruch, wenn wir den Gläubiger von dem Augenblick an, wo die Zahlung der fälligen Schuld nicht erfolgt ist, zum Gebrauch seiner Klage verpflichten, und dennoch gestehen müssen, daß ihm die wirkliche Anstellung derselben nichts nützen würde, wenn der Gegner sich seiner exceptio bedienen wollte. Denn es ist nun eines für seine Rechte sorgsamen Gläubigers Sache, alle die Hindernisse innerhalb der Verjährungsfrist zu beseitigen, welche der völligen Wirksamkeit seines an sich begründeten Klagrechts im Wege stehen, z. B. steht es ja bei dem Gläubiger, binnen der gesetzlichen Frist gegen den Hauptschuldner erst die Klage zu erheben, und dann, wenn sich ergeben, daß die Execution ihm nicht völlige Befriedigung gewährt, noch gegen den Bürgen aufzutreten. — So ferner kann ein Erbe in bona fide d. h. entschuldbarer Unwissenheit über eine Schuld seines Erblassers seyn, und seine Weigerung, zu zahlen, ist dann für ihn keine mora. Dennoch ist für den Gläubiger bloß wegen jener Weigerung actio nata, und muß nun innerhalb der Präscriptionsfrist gebraucht werden.

*) So ist die rei vindicatio nata gegen Jeden, welcher die Sache detinirt, vorausgesetzt, daß diese Detention nicht vom Eigenthümer selbst abgeleitet ist, und in seinem Namen noch ausgeübt wird. Denn wenn auch die Eigenthumsklage z. B. gegen den Commodatar oder Depositar gebraucht werden kann, um die Restitution der Sache zu erzwingen, so ist doch der Gebrauch grade dieser Klage so lange ganz unnöthig und unmotivirt, als Jene nicht durch ihre Weigerung der Restitution zugleich das Eigenthumsrecht des Berechtigten läugnen: die actio commodati oder depositi directa kann nata seyn, ohne daß dies zugleich von der rei vindicatio gilt.

**) Die nähere Beschaffenheit der verletzenden Thatsache richtet sich nach der besonderen Natur des einzelnen dinglichen Rechts. Sie kann

kommt es auf bona oder mala fides des Besitzers oder überhaupt dessen, welcher sich in dem verletzenden Zustand befindet, nicht an, und ebenso ist hier gleichgültig, ob der malae fidei possessor sich durch ein Delict in den Besitz des fremden Objects gesetzt, und dadurch die juristischen Nachtheile der mora sich zugezogen hat, *) oder nicht.

2) Die Klagverjährung setzt ferner ununterbrochene Dauer der Rechtsverletzung voraus, so daß jede Thatsache, woraus auf Anerkennung des Rechts geschlossen werden kann, und jede Veränderung des verletzenden factischen Zustandes, wodurch derselbe absolut oder relativ aufhört, verletzend zu seyn, die Verjährung der actio nata verhindert. Demnach muß bei persönlichen Rechten jede Handlung des Verpflichteten, in welcher

---

bestehen in dem Besitz einer Sache, in einer Thätigkeit, welche dem Berechtigten bloß theilweise die Ausübung seines Rechts entzieht, sich selbst eine positive Disposition über das Object anmaaßt u. d. m. So ist die actio hypothecaria nata, wenn der Schuldner, oder ein Mitgläubiger oder irgend ein Dritter die Pfandsache besitzt, und zugleich der Augenblick gekommen ist, wo der Pfandgläubiger, um zum wirklichen Genuß seines (lediglich auf Sicherung für eine Fordrung berechneten) Rechts zu gelangen, genöthigt ist, Klage zu erheben. Dies ist nun der Fall, wenn die Schuld, für welche das Pfand bestellt worden, fällig und unerfüllt geblieben ist. Das bloße hypothekarische Pfandrecht bedarf, um seinen Inhalt geltend zu machen, des Besitzes der Pfandsache nicht, ehe Gefahr vorhanden ist, daß die Schuld nicht bezahlt werden werde. Dann erst wird jenes Recht durch den ihm entzogenen Besitz der Sache verletzt, ist nun actio nata und fängt an zu verjähren. Dasselbe gilt von dem Fall, wenn ein creditor posterior durch Ausübung des jus offerendi an die Stelle des prior getreten ist. Gegen diesen, wenn er im Besitz der Pfandsache ist, hat er nun die actio hypothecaria, welche ebenfalls nur unter den angegebenen Voraussetzungen zu verjähren anfängt (L. 7 § 3 C. h. t.).

*) Ueberhaupt ist bei obligationes ex delicto actio sogleich nata. Nach der Natur eines Delicts versteht sich das von selbst. Denn das Delict, welches obligatio und actio begründet, enthält auch von selbst die Anfordrung an den Lädenten, sogleich das Unrecht auszugleichen; geschieht das nicht sogleich, so hat der Verletzte hinreichendes Motiv, alsbald wirklich die Klage vorzubringen, und es muß von nun an das Versäumniß der Klaganstellung ihm zum Nachtheil gereichen.

eine Anerkennung seiner Pflicht liegt, die Verjährung hemmen. *) So auch wird jede Veränderung in dem thatsächlichen Verhalten eines dinglich Verpflichteten, gegen welchen das dingliche Klagrecht concret begründet ist, wodurch jenes aufhört, in Widerspruch mit dem Inhalt des dinglichen Rechts zu stehen, die Vollendung der Präscription verhindern. **)

3) Die Klagverjährung setzt endlich die Nichtausübung eines begründeten Klagrechts während der gesetzlich bestimmten Frist voraus. Deshalb untersucht die Theorie, was hier juristisch unter Nichtausübung eines Klagrechts zu verstehen sey, und ferner, wie und wann, um die Vollendung der Verjährung zu verhindern, die Ausübung des Klagrechts geschehen müsse.

Entsprechend dem Princip, daß für die Begründung des concreten Klagrechts nur der verletzende Zustand des Verpflichteten als solcher in Betracht gezogen werden darf, gilt auch hier die Regel, daß nur die wirkliche Thatsache des Nichtgebrauchs der Klage für den Anfang und Lauf der Verjährungsfrist entscheidet. So wie dort die subjective Schuld oder Ent-

---

*) Dahin gehört z. B. die Ausstellung eines neuen Schulddocuments (secunda cautio), Zahlung von Zinsen, Bestellung einer Bürgschaft, eines Pfandes, oder auch ruhiger d. h. nicht wider Willen des Schuldners retinirter Besitz der für die Schuld verpfändeten Sache u. s. w. (L. 7 § 5 C. h. t.).

**) So hört die Verjährung der rei vindicatio, welche gegen den Besitzer der Sache angefangen ist, gegen dieses bestimmte Subject auf, wenn er den Besitz verloren hat. Auch kann der spätere Besitzer nicht die Besitzzeit seines Vorgängers sich anrechnen, um dadurch schneller die Präscriptionsfrist zu erfüllen, sondern er muß sie selbst durch ununterbrochenen Besitz vollenden. Anders ist es in Betreff der Ersitzung (L. 76 § 1 D. de contrah. empt.), aber diese hat auch wesentlich eine andere Natur, als das Institut der Klagverjährung. Nicht einmal die durch vollendete Verjährung schon erworbene Exceptio kommt dem späteren Besitzer der Sache zu Statten (L. 8 § 1. 2. C. h. t. — nisi ipse injustus possessor triginta vel quadraginta annorum, ex eo tempore computandorum, ex quo prior possessor, qui evincit, possessione cecidit, exceptione munitus est —), um so weniger der bloß angefangene zur Begründung der Exceptio noch nicht hinreichende Besitz des früheren Besitzers.

schuldbarkeit des Lädenten juristisch unwesentlich ist, so kommen auch hier für das berechtigte Subject alle solche Umstände nicht in Betracht, deren Beweis sonst genügt, um von den nachtheiligen Folgen einer Unterlassung zu befreien. Mit andern Worten: Anfang, Verlauf und Ende der Frist werden continuo und naturaliter *) berechnet. Aber wenn auch die völlige Unthätigkeit des Klagberechtigten in Betreff des Gebrauchs seiner Klage nicht durch Berufung auf hindernde Umstände entschuldigt werden kann, so versteht sich doch, daß, wo

---

*) D. h. der wirkliche vollständige Ablauf der Zeitmomente, innerhalb welcher die Handlung geschehen sollte, entscheidet allein, und die Rücksichten, welche eine juristische Behandlung ex aequo sonst zu nehmen pflegt auf die Gesammtheit der Umstände, unter deren Einfluß die Handlung vorzunehmen ist, werden hier ganz außer Acht gelassen. (L. 3 C. h. t. — non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda — hac autem actiones annis triginta continuis extinguantur —. L. 4 C. eod. — nullumque jus privatum vel publicum in quacunque causa vel quacunque persona, quod praedictorum quadraginta annorum extinctum est jugi silentio, moveatur —. L. 6 D. de obligat. In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem. — Von dem angegebenen Princip giebt es einige Abweichungen. Die generellste ist, daß bei actiones perpetuae die pupillaris aetas, und bei temporales actiones auch die Zeit von der Mündigkeit bis zum Anfang der Volljährigkeit nicht in die Verjährungsfrist eingerechnet wird; so daß es hier einer (im älteren römischen Recht schon zuständigen) in integrum restitutio gegen die vollendete Verjährung nicht mehr bedarf. Hier also ist jugendliches Alter ein juristischer Entschuldigungsgrund für den Nichtgebrauch der Klage (L. 3 C. h. t. L. 5 C. in quib. caus. in integr. restit. nec. n. e.) Ferner haben die Justinianischen Compilatoren ganz gegen den Geist der neueren Gesetzgebung manche Fälle der temporales actiones stehen lassen, wo noch die Präscriptionsfrist utiliter berechnet werden soll (z. B. L. 55 D. de aedil. edict. L. 6 D. de calumn. L. 6 § 14 D. quae in fraud. creditor.), so daß da noch die in L. 1 D. de divers. temporal. praescr. für dies utiles überhaupt aufgestellten Gesichtspuncte zur Anwendung kommen. Daß dies aber gegen die Tendenz des neueren Rechts ist, beweist nicht bloß die allgemeine Bestimmung der L. 3 C. l. l., sondern auch die in einzelnen Gesetzen angeordnete Verwandlung des annus utilis in ein tempus continuum: so L. 8 C. de dol. (der annus utilis der actio doli in ein biennium continuum), L. 7 C. de temporib. in integr. restit. (der annus utilis für die in integrum restitutio in ein quadriennium continuum).

der Zustand des Verpflichteten die wirkliche Anstellung der Klage unmöglich macht, eine andere Thätigkeit, welche bestimmt und überzeugend die nämliche Intention des Berechtigten ausdrückt, an ihre Stelle treten kann. Darum hat die vor einer obrigkeitlichen Auctorität abgelegte, oder in Ermangelung derselben die unter Bezeugung eines Notars oder dreier Zeugen am Wohnort des Gegners veröffentlichte Erklärung, sein Recht gerichtlich verfolgen zu wollen, gleiche Wirkung mit der wirklichen Klaganstellung, wenn diese z. B. wegen furor, absentia, infantia des Gegners nicht möglich ist. *) Immer aber versteht sich von selbst, daß der Klagberechtigte innerhalb der Frist die juristische Möglichkeit gehabt haben muß, sein Recht geltend zu machen, d. h. er muß in dieser Zeit klagen dürfen, und es muß eine competente Richtergewalt geben, bei welcher er die Klage anbringen konnte. **) Die

*) L. 2 C. de annal. except.

**) Hierauf ist die Regel zu beschränken: „agere non valenti non currit praescriptio". Hierher gehört, daß gegen den filiusfamilias wegen seiner Adventitien die Verjährung nicht vor seiner Befreiung von der väterlichen Gewalt läuft (L. 1 § 2 C. de annal. except. — quis enim incusare eos poterit, si hoc non fecerint, quod, et si maluerint, minime adimplere lege obviante valebant.), ferner der Fall eines wirklichen Justitium (wovon ein Beispiel giebt das c. 10 X de praescript. — praescriptione hostilitatis tempore non currente —.), ferner auch L. 22 § 11 C. de jur. deliber. und Nov. 115 c. 5 in fin., von denen aber wenigstens die letztere Gesetzesbestimmung unpractisch ist, weil ihre Voraussetzung, die neuntägige Trauerzeit für den Erblasser, außer gemeinem Gebrauch ist; endlich auch der Fall der L. 7 § 10 D. de acquir. rer. dom. (§ 29 I. de rer. divis.): Der, welcher mit fremdem Material auf seinem Grund ein Gebäude aufführt, wird Eigenthümer dieses neu geschaffenen und von ihm zur Accession seines Bodens gemachten Ganzen. Die rei vindicatio des Eigenthümers der einzelnen Materialien ist hier sogleich nata, denn sie geht gegen den Besitzer der einzelnen Stücke, ehe dieser sie zum Bau verwandt hat. Ist das aber geschehen, so ruht die Klage, denn die Objecte des Eigenthums existiren jetzt nicht mehr als Einzelheiten. Sie lebt wieder auf, und die Verjährung wird fortgesetzt, wenn jenes Ganze sich wiederum in seine Theile aufgelöst hat, denn der Besitzer hat sie nun als singulae res. Dagegen ist die actio de tigno juncto erst durch Verwendung des Materials zum Bau begründet, und verjährt von da an. — Gar nicht hierher gehört L. 7 § 2 C. l. l. Die

Wirkung eines solchen juristischen Hindernisses ist nicht die wirkliche Unterbrechung der etwa schon begonnenen Verjährung, so daß nach Beseitigung jenes diese neu angefangen werden müßte, sondern der Grundsatz der Klagverjährung kommt bloß für diesen Zeitraum gar nicht zur Anwendung (s. g. praescriptio dormiens).

Verjährt die actio nata, wenn sie gar nicht innerhalb der Frist gebraucht worden ist, so folgt, daß der wirkliche Gebrauch die Verjährung unterbricht, d. h. die Wirksamkeit auch des schon abgelaufenen Theiles der Frist für immer aufhebt (s. g. interruptio praescriptionis). Der Gebrauch eines Klagrechts besteht aber in dem practischen Versuch, den bestimmten Gegner zur Erfüllung seiner Pflicht gerichtlich zu zwingen. Die actio nata muß actio mota geworden seyn, d. h. das durch die Verletzung zur Thätigkeit incitirte Recht muß sich wirklich in Bewegung gesetzt haben. Dies ist aber dann geschehen, wenn die Klage, welche eine Beziehung auf das verletzte Recht enthält, bei dem competenten Gericht eingereicht, und durch das Gericht dem Gegner mitgetheilt (insinuirt) worden ist. *) Jene Beziehung braucht auch nicht grade aus-

---

Stelle selbst sagt deutlich genug, daß die actio auf Redhibition der dos oder ante nuptias donatio erst nach Auflösung der Ehe zu verjähren beginnt, weil erst dann post institutae diei incertae (mortis vel repudii) lapsum die actio nata sey. Nicht in's gemeine Civilrecht gehören die Fälle des C. 15 X de praescript. und C. 16. Qu. 3. c. 10.

*) L. 3 C. de annal. except. — -et libellum conventionis ei transmiserit —. L. 3 C. h. t. — aut in judicio postulatione deposita fuerit subsecuta per executorem conventio —. Uebrigens genügt natürlich auch die Anbringung der Klage vor einem Schiedsrichter, denn auch sie enthält eine auf Geltendmachung der actio nata gerichtete Thätigkeit (L. 5 § 1 C. de recept. arbitr.). — Das Wesen der neueren Klagverjährung fordert zur Interruption nichts weiter, als den thätigen Versuch zur Durchsetzung des verletzten Rechts, und jeder weitere processualische Schritt oder gar die wirkliche gerichtliche Anerkennung ist hierfür ganz unwesentlich. Darum war es eine Inconsequenz der Justinianeischen Compilation, daß sie die zur Unterbrechung der Verjährung von temporales actiones nach älterem Recht erforderliche Litiscontestation noch gelten ließ (L. 139 pr. D. de reg. jur. L. 9 § 3 D. de jurejur. L. 8 § 1 in f. D. de fidejussor. tutor.). Das processualische Benehmen des Beklagten steht nach neuerem Recht mit dem juristi-

drücklich vorzuliegen, also das Klagrecht, dessen Verjährung dadurch unterbrochen wird, nicht speciell genannt zu seyn, wenn es nur implicite in dem Inhalt des gerichtlichen Antrags begriffen ist. Darum reicht hier die ganz allgemeine Anführung des Klägers hin, daß sein Gegner ihm obligirt sey, weil darin alle Obligationsgründe umfaßt sind, und wenn der Kläger einen speciellen Grund seines Klagrechts angegeben hat, so sind alle die Ansprüche als mitgeltendgemacht anzusehen, welche mit jenem Grunde in einem wesentlichen juristischen Zusammenhange stehen. *)

Die gemeinrechtliche Regel ist, daß eine actio nata dreißig

---

schen Grunde der Klagverjährung in gar keinem Zusammenhang, und es muß hiernach für durchaus unwesentlich erachtet werden, ob derselbe sich schon in irgend einer Art auf den Streit eingelassen hat, oder nicht. Eben so ist es auch in Betreff der schon begonnenen Verjährung ganz gleichgültig, ob der Kläger die schon anhängig gemachte Klage später fallen läßt, oder sie aus anderen Ursachen nicht bis zum Endurtheil durchführt. Aber es versteht sich, daß dann die Verjährung dieser Klage von Neuem beginnt, und zwar von dem letzten in dieser Rechtssache vorgenommenen gerichtlichen Act an. Nur ist hier die Verjährungsfrist wider die gewöhnliche Regel auf 40 Jahre erweitert worden. L. 9 C. h. t. — quod tempus (id est quadraginta annorum spatium) ex eo numerari decernimus, ex quo novissima processit cognitio, postquam utraque pars cessavit. L. 1 § 1 C. de annal. except. Uebrigens reden diese Stellen ganz generell, und müssen daher sowohl auf temporales als auf perpetuae actiones bezogen werden.

*) Z. B. ist eine Fordrung eingeklagt, so muß auch die Verjährung der actio hypothecaria, welche auf einem für jene Fordrung bestellten Pfandrecht beruht, und schon nata ist, als unterbrochen gelten. Eben so unterbricht die Anstellung der Klage wider den Hauptschuldner zugleich die Verjährung der Klage gegen den Bürgen desselben, und das nämliche Verhältniß muß überhaupt zwischen den Klagen mehrerer Correalgläubiger und gegen mehrere Correalschuldner Statt finden (L. 5 C. de duob. reis stip.). L. 3 C. de annal. except. — Sancimus itaque, nullam in judiciis in posterum locum habere talem confusionem, sed qui obnoxium suum in judicium clamaverit et libellum conventionis ei transmiserit, licet generaliter nullius causae mentionem habentem, vel unius quidem specialiter, tantummodo autem personales actiones, vel hypothecarias continentem, nihilominus videri jus suum omne cum in judicium deduxisse, et esse interrupta temporum curricula —.

Jahre dauert. Man nennt solche regelmäßige Klagen actiones perpetuae, weil es grade diejenigen sind, welche vor der Theodosischen Constitution (L. 3. C. h. t.), wodurch jene Regel zuerst eingeführt ward, unverjährbar waren. Daneben giebt es mancherlei Klagen, welche in kürzerer Frist verjähren, und andere, welche über dreißig Jahre dauern. Von jenen, in sofern sie noch practisch sind, wird in den speciellen Lehren gehandelt werden. Sie heißen temporales s. temporariae actiones, weil sie vor der Theodosischen Constitution die einzigen Klagen waren, welche durch Zeitablauf zu Grunde gehen konnten. Von den über dreißig Jahre dauernden Klagen sollen hier genannt werden:

a) Die Klagen der Kirchen und pia corpora, welche erst in vierzig Jahren *) verjähren.

b) Dasselbe nimmt die ziemlich übereinstimmende Meinung der heutigen Juristen auch für alle, oder wenigstens alle dinglichen Klagen des Fiscus und des Regenten an.**)

c) Die nämliche Ausnahme machte die bisherige gemeinrechtliche Praxis ***) auch für die Klagen der Städte, obwohl diese Praxis von der heutigen Theorie, welche sich auf Interpretation Justinianeischer Constitutionen stützt, †) und die Reinheit des Justinianeischen Rechts in der Anwendung hergestellt wissen will, angegriffen wird.

---

*) Nov. 111. Nov. 131 c. 6. (Ueber das ältere Recht vgl. L. 23 C. de sacros. eccles. - Nov. 9.).

**) Man stützt sich auf L. 14 C. de fund. patrim. vgl. mit L. 6 § 1 D. de jur. fisci. Die L. 6 C. de jur. fisci sagt bloß „suis temporibus", ohne die Zeitdauer genauer anzugeben.

***) Vgl. Thibaut System d. P. § 1014.

†) Sie behauptet mit Recht, daß Nov. 111 c. 1 in den Worten „salva scilicet circa alias personas et causas virtute, quam semper tricennalis sibi praescriptio vindicabat —" die Aufhebung des den Städten früher (in der L. 23 C. de sacros. eccles.) verliehenen Privilegs der hundertjährigen Verjährung implicite aufhebt, und für die Klagen der Städte die regelmäßige Frist von dreißig Jahren herstellt.

Es ist eine ziemlich allgemein verbreitete Ansicht, nach heutigem Recht sey **bona fides** des Präscribenten (d. h. dessen, welcher durch die Verjährung die **temporis exceptio** erwirbt) ein wesentliches Erforderniß aller, oder doch wenigstens der gegen den Besitzer einer Sache gerichteten Klagen. Schon oben ist andeutungsweise dieser Behauptung widersprochen worden. Hier ist dies näher folgendermaaßen auszuführen:

1) Was der Präscribent durch die Verjährung erwirbt, ist nichts juristisch selbstständiges für sich bestehendes, sondern nur, daß der Berechtigte sein Recht nicht mehr gegen ihn ausüben kann. Dieser Erfolg der Wirkungslosigkeit des Rechts kann seinen Grund nicht in irgend einer subjectiven Eigenschaft, Gesinnung, Absicht des Präscribenten haben, sondern nur in dem Benehmen des Berechtigten selbst, nämlich seiner Unthätigkeit für die Geltendmachung seines Rechts in einem Fall, wo er genügende Veranlassung hätte, thätig zu seyn.*) Nicht eine besondere subjective Qualität des Lädenten fordert das Recht auf, seine Wirkung zu äußern, sondern der Widerspruch als solcher, einerlei, aus welchem Grunde und in welcher Meinung derselbe erhoben worden ist. Hierdurch behaupten wir, daß es ein sinnloses sich selbst widersprechendes Unternehmen der neueren Gesetzgebung gewesen seyn würde, wenn sie wirklich versucht hätte, die **bona fides** als ein neues Requisit der im Uebrigen in ihrem alten Wesen fortbestehenden Klagverjährung einzuführen. Anders freilich, wenn sie dabei zur Absicht gehabt hätte, das Institut der Klagverjährung als solches ganz aufzuheben oder mit der erwerbenden Verjährung zu verschmelzen. Dies soll sogleich näher betrachtet werden.

2) Hätte die Gesetzgebung wirklich **bona fides** des Präscribenten verlangt, so würde dadurch practisch die Klagverjährung als ein besonderes Rechtsinstitut so gut als gänzlich aufgehoben seyn. Denn:

---

*) Wir bemerken hierbei, daß wir unter „Grund der Klagverjährung" nicht verstehen das bloße Motiv des Gesetzgebers zur Einführung dieses Instituts, sondern die wesentliche Voraussetzung (ratio) der bestehenden gesetzlichen Bestimmung (juris) über die Wirkungen dieser Verjährung.

a) Bei dinglichen Rechten, welche gegen den Besitzer einer Sache gehen, würde sie nothwendig mit der dreißig- oder vierzigjährigen außerordentlichen Ersitzung (L. 8 § 1 C. h. t.) zusammenfallen. Der Präscribent erwirbt hier das Recht selbst, und nicht eine bloße Exceptio gegen das Recht.

b) Persönliche Delictsklagen würden gar nicht mehr verjähren, denn bei diesen, wenn sie wirklich begründet sind, versteht es sich von selbst, daß der Lädent juristisch nicht in **bona fide** seyn kann.

c) Endlich bei persönlichen Contractsklagen würde mindestens sehr häufig das nämliche Resultat sich ergeben. Der Obligirte nämlich, welcher in **bona fide** d. h. rechtlich entschuldbarem Irrthum über seine Verbindlichkeit ist, kann eben deshalb, trotz etwaniger Interpellation oder Eintritts des bestimmten Zahlungstermins, nicht in **mora** seyn, denn wer die Verzögerung der Leistung rechtlich entschuldigen kann, ist nicht ein moroser Debitor. Daraus folgt umgekehrt, daß die Fordrung gegen einen wirklichen **debitor morosus** nie würde verjähren können, wenn **bona fides** immer die nothwendige Eigenschaft eines präscribirenden Schuldners wäre. *)

3) Die juristische Theorie würde schwerlich darauf gefallen seyn, **bona fides** als Erforderniß der heutigen Klagverjährung zu behaupten, wenn sie nicht geglaubt hätte, dem Kanonischen Recht folgen zu müssen, welches vermeintlich eine solche Bestimmung enthält.

Allein nach einer richtigen Interpretation der hierher ge-

---

*) Die Anwendung der Klagverjährung würde also auch bei Contractsklagen sehr eingeschränkt seyn, denn ohne Zweifel sind die Fälle sehr zahlreich, wo die Nichterfüllung einer Schuld auf einer juristischen **mora** beruht. Daß aber der Schuldner nicht zugleich dabei in **bona fide** seyn kann, ist klar: denn worauf sich diese **bona fides** auch bezöge (ob auf die Verbindlichkeit zur Leistung überhaupt, oder bloß auf die Größe, die Zeit, die Bedingungen, das Subject, oder welches sonstige einzelne Moment der Fordrung), immer würde sie die verzögerte Erfüllung zu einer entschuldbaren, also juristisch nicht morosen machen.

hörigen Stellen *) ist nicht anzunehmen, daß das Kanonische Recht es versucht habe, eine solche dem Wesen der Klagver-

---

*) C. 16. Qu. 4. c. 15 unterscheidet sehr bestimmt die Ersitzung von der Klagverjährung, giebt deutlich das Wesen beider Institute an, und fordert ausdrücklich für die Klagverjährung keine bona fides des Präscribenten. Aus dem C. 3 de reg. jur. in 6 ersieht man, was nach kanonischem Sprachgebrauch unter „praescriptio ohne weiteren Zusatz" verstanden werden solle. Nach ihrer durchaus allgemeinen Fassung („sine possessione praescriptio non procedit") kann die Stelle nicht auf die Verjährung einer besonderen Art von Klagen bezogen werden. Sie muß daher entweder auf die Klagverjährung überhaupt oder gar nicht auf sie gehen. Letzteres ist nun ohne Zweifel das Richtige, weil bei einer sehr großen Anzahl von Klagen eine possessio des Präscribenten gar nicht vorkommen kann. Auch das C. 5 X de praescript. spricht von possessio an praedia aliena, und enthält nur die Bestimmung, welche das C. 20 X eod. noch klarer angiebt, was jetzt unter bona fides, wo diese schon nach römischem Recht erforderlich gewesen, verstanden werden solle, nämlich eine ununterbrochen dauernde Ueberzeugung des possessor rei alienae von seinem Recht. Dies geht hervor aus den Worten „— postquam se aliena noverit possidere, cum bonae fidei possessor dici non possit —" d. h. ein wenn auch noch so alter und bona fide angefangener Besitz einer fremden Sache reiche zur Ersitzung nicht hin, wenn der Besitzer später zu der Einsicht gelange, daß er kein Recht daran habe. Ein solcher Besitzer könne doch nicht wahrhaft bonae fidei possessor genannt werden. Das C. 20 X eod. spricht ebenfalls von diesem Begriff der bona fides eines possessor rei alienae (— definimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio, tam canonica quam civilis — unde oportet, ut qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae.). Das Wort „nulla" wird in der Stelle selbst durch die folgenden Worte „tam canonica quam civilis" erklärt. Uebrigens bezeichnet canonica praescriptio keine eigene Verjährungsart, sondern die Anwendung der schon geltenden und der hier neu eingeführten Bestimmungen auf früher unbekannte kirchliche Rechte, welche erst durch die kanonischen Gesetze eingeführt sind, und mit dem Besitz eines zum kirchlichen Gebiet gehörigen Bodens zusammenhängen z. B. Zehntrechte. Die Stelle nennt es mortale peccatum (dem christlichen Geist des Rechts widerstreitend), nicht für jeden Moment des Besitzes bona fides zu verlangen, kämpft also nur gegen den eigenthümlich römischen Begriff von bona fides (cum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari). Da nun in dieser Stelle gar keine Beziehung auf die Klagverjährung vorkommt, vielmehr ihre Bestimmung eine Veränderung in dem Begriff der bona fides betrifft, und bona fides

jährung widerstreitende und die Eigenthümlichkeit dieses Instituts vernichtende Bestimmung zu erlassen.

---

nach dem bis dahin geltenden Recht nur ein Erforderniß der Ersitzung war, endlich auch das ältere kanonische Recht ausdrücklich für die bloße Klagverjährung malae fidei possessio zuläßt, so kann die Stelle nur im Sinn haben, die Erfordernisse der eigentlichen Ersitzung zu normiren. (Auch die Verschweigungsverjährung, wo diese noch vorkommt, kann hier nicht gemeint seyn, weil sie gar nicht alienae rei possessio eines einzelnen Subjects, sondern nur den dauernden Nichtgebrauch des Berechtigten selbst voraussetzt.) Das Einzige, was man mit einigem Schein behaupten könnte, wäre, daß es nach den Worten dieser Stelle für solche dingliche Rechte, welche auf den Besitz einer Sache gehen, gar keine bloße Klagverjährung mehr gäbe. Die Stelle fordere von jedem Besitzer einer fremden Sache, welcher rechtliche Wirkungen für sich daraus ableiten wolle, ununterbrochene bona fides, d. h. dauernde Ueberzeugung von seinem Recht an der Sache: eine solche bonae fidei possessio habe aber dann immer wenigstens nach Ablauf von 30 oder 40 Jahren den Erwerb des Rechts selbst zur Folge. Allein nach allen obigen Erörterungen können wir auch nicht diese Einschränkung des Instituts der Klagverjährung zugeben. Nicht einmal die Worte der Stelle haben endlich die Juristen für sich, welche sie auch auf solche persönliche Klagen, die gegen den Besitzer gehen, beziehen wollen. Denn: a) Einen Besitzer rei alienae kann man doch nicht den nennen, welcher bisher Eigenthümer der Sache, und nur obligirt ist, sie einem Andern herauszugeben. Darum schon würden actio emti, manche Fälle der Condictionen u. s. w. hier nicht her gehören können („res aliena" ist nicht gleichbedeutend mit „res alii debita"). b) Jene Worte können sich überhaupt nicht auf persönliche Klagrechte beziehen (selbst nicht auf diejenigen, welche gegen den Inhaber einer dem Kläger zugehörigen Sache gehen z. B. actio depositi, commodati, locati), denn es würde sehr unjuristisch seyn, unter bona fides eines Obligirten eine Meinung desselben über sein Recht (oder eines Andern Nichtrecht) an der von ihm detinirten Sache zu verstehen. Seine persönliche Verbindlichkeit gegen den Gläubiger steht in gar keinem juristischen Zusammenhang mit seiner Ueberzeugung von seinem Recht oder Nichtrecht an der Sache (conscientia rei alienae), denn hätte er auch wirklich das beste Recht daran, so könnte er doch zur Herausgabe derselben obligirt seyn. Die bona fides eines Obligirten kann nur bestehen in der irrigen, aber entschuldbaren Meinung, gar nicht oder doch nicht in der Weise, wie er es wirklich ist, verpflichtet zu seyn. Von einer solchen bona fides ist aber weder in jenen beiden Stellen, noch auch in dem C. 2 de reg. jur. in 6 (Possessor malae fidei ullo tempore non praescribit) die Rede.

Die Wirkung der Klagverjährung besteht darin, daß der Präscribent eine exceptio (triginta vel quadraginta annorum, oder überhaupt temporis exceptio) gegen den Berechtigten erwirbt. Es ist dies eine wahre Exceptio, weil sie gegen ein an sich begründetes Recht gerichtet ist, das nur aus einem besonderen Grunde nicht practisch wirksam werden kann. Als wirkliches Exceptionsrecht aber muß es auch den regelmäßigen Effect jeder Exceptio haben, daß das ihm entgegenstehende Klagrecht dadurch relativ total wirkungslos gemacht wird. Wer hier einen beschränkteren Effect der Exceptio behaupten wollte, müßte eine besondere gesetzliche Ausnahme für den vorliegenden Fall nachweisen, welche aber, wie unten näher auszuführen, nirgends gemacht worden ist:

1) Die Exceptio der Klagverjährung hat nur eine relative Wirkung, indem das verjährte Recht bloß gegen den Präscribenten unkräftig wird, sonst aber geltend gemacht werden kann, wenn es seiner Natur nach noch gegen andere Subjecte Wirkungen zu äußern vermag, wie das bei dinglichen Rechten z. B. gegen spätere Besitzer der Sache der Fall ist. Aber diese Exception steht auch dem Recht selbst entgegen, und nicht bloß der Person dessen, welcher zu der Zeit, wo der Präscribent die Exceptio erwirbt, Subject des Rechts ist. Wenn daher dieses Recht auf einen Andern übertragen worden ist, so kann es der Successor nur so geltend machen, wie der Auctor selbst: die Exceptio wirkt auch gegen ihn, ist passiv in rem.*)

2) Das verletzte Recht, welches innerhalb der gesetzlichen Frist nicht geltend gemacht worden ist,**) kann nun gegen den Präscribenten in keiner juristischen Form, weder direct noch indirect, seinen Inhalt erzwingen. Die Möglichkeit und Nothwendigkeit einer solchen Wirkung der Präscription läßt sich aus dem Wesen dieses im neueren Recht entstandenen und

---

*) C. 16. Qu. 4. c. 15 (— quod si mala fide rem alienam quis possidere coeperit, post 30 annos adversus omnem petentem exceptione tutus erit —.).

**) Dies actionis exiit ist hier der dem „dies cessit, venit“ entsprechende Kunstausdruck: L. 28 § 4 D. de judic. L. 16 in f. D. de recept. qui a. r. L. 4 pr. D. ne quis eum, qui in jus voc.

unter dem Einfluß der aequitas entwickelten Instituts sehr leicht begreifen. Im Zeitalter des strictum jus, der Blüthezeit der Republik, konnte es nur perpetuae actiones d. h. unverjährbare Rechte geben. Denn wenn damals nur der ausdrücklich gesetzte, der ausgesprochene Inhalt als bindender und rechtlich zu berücksichtigender Wille galt (vergl. S. 19 und 20), so konnte aus dem anhaltendsten Nichtgebrauch des Rechts doch nie ein gültiger Schluß auf den Willen des Berechtigten, sein Recht künftig nicht zu wollen d. h. es nicht zu achten, es aufzugeben, gezogen werden. Die römische Gesetzgebung würde in Widerspruch mit dem Geist ihrer Zeit gerathen seyn, wenn sie es versucht hätte, in dem Institut der Klagverjährung einen solchen dem republikanischen Princip widerstreitenden Schluß zu sanctioniren. Aber das folgende Zeitalter der verschwindenden Republik und anfangenden Monarchie konnte jene Präsumtion sanctioniren, und that es darum auch. Wer, durch die Verletzung seines Rechts zur Ausübung desselben aufgefordert, es dennoch lange Zeit unausgeübt läßt, der zeigt, daß es ihm gleichgültig ist, daß er sein Recht nicht will. Denn ein Recht wirklich wollen, ist nichts anders, als es gegen die Verletzung rechtlich geltend machen. Die Gesetzgebung (zuerst die prätorische, dann die kaiserliche) nahm diese natürliche Interpretation auf, bestimmte sie näher durch Feststellung der Frist, und erhob es zum juristischen Grundsatz, daß, wer innerhalb der gesetzten Frist die Wirkungen seines Rechts nicht gewollt habe, nach Ablauf derselben sie nicht mehr wollen dürfe. Es ist nun eine durchaus engherzige Interpretation, welche behauptet, daß, weil die Vernachlässigung sich nur auf die Klage bezog, auch ihr nachtheiliger Erfolg nur in dem Verlust der Klage bestehen könne. Denn der wahre Sinn ist, daß der Berechtigte, welcher sein Recht nicht in Form der Klage ausgeübt hat, es überhaupt vernachlässige: der, welcher sein verletztes Recht in der ihm unmittelbar zustehenden directesten und wirksamsten juristischen Form nicht geltend gemacht hat, hat deutlich genug ausgesprochen, daß er sich überhaupt um dieses Recht nicht kümmern wolle. Das Recht ist als solches der Grund seiner Wirkungen, d. h. die Möglichkeit, einen bestimmten factischen Inhalt in irgend einer juristischen Form geltend zu machen (durch Klage oder Exceptio, und in-

direct z. B. durch Bürgschaft oder Pfandrecht). Es versteht sich hiernach von selbst, daß, wenn eine Verletzung das Recht ergreift, dieses dadurch nicht in dieser oder jener Form, nicht als Klage, oder Exceptio u. s. w., sondern als der noch ununterschiedene Grund aller möglichen Formen juristischer Geltendmachung negirt wird. Hieraus ist wohl klar, daß die während der ganzen gesetzlichen Frist fortdauernde und durch keine selbstthätige Reaction des Berechtigten aufgehobene Negation das Recht nach seinem ganzen juristischen Inhalt und für jede Art seiner Realisation gegen den Lädenten vernichten muß.*) Es soll nicht geläugnet werden, daß das äußere Ansehn der Thatsache für die Meinung spricht, daß die Verjährung nur die actio, und nicht die andern möglichen Wirkungen des Rechts afficire, denn unmittelbar ist es nur die actio, welche innerhalb der Frist unbenutzt geblieben ist, nur sie scheint vom Berechtigten vernachlässigt zu seyn. Aber es ist eine stricte Rechtsbehandlung (Iniquität), welche sich an diesen äußeren Schein (das prima facie justum, den rigor juris) hält, und nicht einsieht, daß dem Wesen nach der Nichtgebrauch der Klage eine Vernachlässigung des Rechts überhaupt involvirt. Man bedenkt nicht, daß dieselbe s. g. streng juristische (eigentlich aber unjuristische, dem Geist unseres Rechts, welches das Eingehen auf den inneren Sachgehalt fordert, widersprechende) Consequenz auf jede Exceptio angewandt werden könnte, denn jede Exceptio ist unmittelbar nur gegen die actio gerichtet, und müßte darnach nur den Verlust der actio zur Folge haben. Dennoch vernichtet sie bekanntermaaßen regelmäßig das ganze Recht.**) Mit dem Resultat unserer bisherigen Deductionen stehen die römischen Quellen im Einklang.***)

---

*) Wollte der Berechtigte nach Ablauf der Frist z. B. als Excipient auftreten, etwa, um auf dem Wege der Compensation sich zu helfen, oder wollte er noch als Pfandgläubiger auftreten, so würde er doch auf das Recht als den Grund seiner exceptio und seines Pfandrechts sich berufen müssen.

**) Hieraus ist einleuchtend, daß sie eigentlich gegen das Recht nach seinem totalen Gehalt gerichtet ist, und bloß deshalb scheinbar nur einen Gegensatz gegen die actio bildet, weil das Recht in der besonderen Form der actio äußerlich hervorgetreten ist.

***) Die Deductionen selbst finden sich da begreiflich nicht. Denn

Die vorliegende Untersuchung ist wohl zu unterscheiden von der über die Verjährbarkeit der Exceptionen. Dort ist

---

die römische Jurisprudenz, als erster genialer Versuch, deducirt überhaupt nicht, sondern entscheidet nur, und hat nur darin ihre Größe. Uebrigens wird Jeder einsehen, daß, wenn die Quellen die Wirkung der Exceptio allgemein ausgesprochen haben, die Wiederholung der nämlichen Bemerkung bei jeder einzelnen Exceptio überflüssige Arbeit gewesen wäre. Daher darf man sich nicht verwundern, wenn keine Stelle die Wirkung der temporis exceptio abstract ausspricht. Es ist unnütz, sich für unsere Ansicht auf Stellen, wie L. 6 D. de obligat. (— finit obligationem.) L. 4 C. h. t. (— nullum jus publicum vel privatum, quod quadraginta annorum extinctum est jugi silentio —.) L. 9 C. eod. (— jure suo lapsi —), zu berufen, weil es auch den Gegnern nicht schwer fällt, eine Anzahl von Stellen zusammenzubringen, wo dem Wortausdruck nach bloß von Verlust der actio die Rede ist. Der juristische Tact, welcher den Römer in der Entscheidung sicher leitet, wird sehr häufig unbeholfen und unsicher, wenn er es versucht, sich in der Sprache zu manifestiren, und Object gedankenmäßiger Auffassung zu werden. Dagegen lassen sich allerdings Quellenzeugnisse beibringen, wo für einzelne Fälle solche Entscheidungen gegeben sind, welche der Ansicht, daß eine verjährte Fordrung nur in Betreff der actio vernichtet sey, aber als bloß naturales Recht doch noch alle sonst möglichen Wirkungen haben könne, durchaus entgegenstehen. Dahin gehören z. B. L. 25 § 1 D. ratam rem hab. L. 37 D. de fidejussor. L. 38 § 4 D. de solutionib. L. 18 § 1 D. de pec. constitut. (vgl. L. 1 § 4. 6 D. de dol. mal.), welche sich nach Verjährung einer Schuld für das Wegfallen der Klage des Schuldners auf Rückfordrung des von ihm Gezahlten, für das Aufhören der Bürgschaft, und für die Unmöglichkeit, eine solche Fordrung zum Object eines constitutum zu machen, aussprechen, was Alles der Behauptung einer trotz vollendeter Verjährung übrigbleibenden obligatio naturalis widerspricht. Fälschlich beruft man sich für diese Behauptung auf L. 5 C. de except. Denn das interdictum unde vi ist nur als Delictsklage, also für die Wirkungen der Gewaltsamkeit, auf die Dauer eines Jahrs beschränkt, nicht als bloße Vermögensklage, also in sofern sie bloß auf das geht, was der Beklagte vom gewaltsam entrissenen Object (direct oder indirect) noch hat. Hat aber der vi dejectus nach Ablauf des Jahres noch die Klage, so muß ihm für das nämliche Object, um sich in dem später erlangten Besitz desselben zu schützen, auch eine exceptio zustehen. Ferner auf L. 2 C. de luition. pign., welche Stelle im Zusammenhang mit L. 1 C. eod. zu verstehen ist; endlich auf L. 7 § 1 C. h. t., wo man die Bestimmung, daß die actio hypothecaria gegen den Schuldner vierzig Jahre dauern soll, obwohl die persönliche Schuldklage in dreißig Jahren verjährt,

die Frage, ob ein Recht, welches in Form einer Klage geltend gemacht werden konnte und mußte, durch die Verjährung bloß die Kraft der actio einbüßt, oder jede Möglichkeit rechtlicher Realisation, z. B. durch exceptio, verliert. Hier aber handelt es sich darum, ob ein Exceptionsrecht, welches bloß als solches begründet ist, durch Verjährung verloren gehen kann. Die Natur des Exceptionsrechts lehrt nun, daß dies unmöglich ist. Denn die Verletzung, durch welche die exceptio concret begründet (exceptio nata) wird, ist eben die Anstellung der actio wider den Beklagten. Daß der an sich Berechtigte sein Recht durchsetzen will, ohne auf die der Wirksamkeit desselben entgegenstehenden Umstände, welche doch zur Natur des Verhältnisses der streitenden Partheien gehören, und von einem vir bonus beachtet werden müßten, Rücksicht zu nehmen, begründet erst die exceptio. Es ist also unmöglich, daß der Beklagte früher davon Gebrauch zu machen verpflichtet seyn könnte, denn er hat sie nicht eher. *)

---

nur dadurch erklären zu können meint, daß die verjährte Schuld noch ein debitum naturale bleibe, wofür die Hypothek doch noch zehn Jahre wirksam seyn könne. Wir aber sind der Meinung, daß der Gesetzgeber hier keineswegs die Möglichkeit einer Fortdauer der Hypothek nach verjährter Hauptschuld sanctionirt, sondern z. B. an einen Fall denkt, wo die Verjährung der persönlichen Klage durch spätere Anerkennung der fälligen unerfüllt gelassenen Schuld bei ausdrücklichem Widerspruch gegen das Pfandrecht unterbrochen wird, während die Verjährung der Pfandklage fortläuft. — Ueber L. 5 § 6 D. de dol. mal. except. vgl. folg. Not.

*) Hiervon ist L. 5 § 6 D. l. l. zu verstehen. (Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est. nam haec perpetuo competit: cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure, is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur.). — Kaum ist der Einwand zu erwarten, es könne doch nach ihrer concreten Begründung, wenn der Berechtigte dann unterließe, von ihr Gebrauch zu machen, eine Verjährung der exceptio möglich seyn. Es sind hier zwei Fälle: entweder läßt der Kläger seine Klage fallen, und tritt nachher nach Ablauf einer langen Zeit wiederum auf, dann hat der Beklagte auch noch seine Exceptio, weil sie nur durch wirklich ernstlichen Gebrauch der actio eine nata exceptio wird, folglich durch die frühere actio gar nicht wahrhaft begründet war; oder er setzt die Klage durch, und tritt dann später noch einmal mit derselben Klage

Als eine besondere Eigenschaft der Einrede der Verjährung führt man oft an, daß der Richter berechtigt und verpflichtet sey, ex officio dieselbe zu ergänzen, d. h. auf sie Rücksicht zu nehmen, wenn auch der Beklagte sich nicht ausdrücklich auf sie bezogen haben sollte. Allein eine wirklich officielle Ergänzung ist hier nie statthaft. Hat der Beklagte die Thatsachen, welche vollständig jene Einrede begründen, rechtzeitig zu den Acten gebracht, so muß der Richter sie berücksichtigen, weil der Beklagte wirklich, wenn auch nicht ausdrücklich, sich auf sie berufen hat, und eine specielle Hervorhebung jeder einzelnen Einrede mit einer jedesmaligen Bitte um Abweisung des Klägers unnöthig ist. Sollte aber der gewiß seltene Fall eintreten, daß in dem Vortrag des Klägers sich vollständig alle Anführungen finden, welche für den Beklagten, wenn er sich auf sie beriefe, jene Einrede zu begründen vermöchten, so darf der Richter dennoch nicht darauf Rücksicht nehmen, wenn nicht der Beklagte selbst jene Einräumungen des Klägers für sich geltend gemacht hat. Denn diese Exceptio hat durchaus die regelmäßige private Natur des Exceptionsrechts überhaupt, und muß irgendwie (ausdrücklich oder stillschweigends) ausgeübt und geltend gemacht seyn, wenn sie einen Einfluß auf die richterliche Entscheidung üben soll. Endlich, aus dem wirklichen oder angeblichen politischen Grunde des Instituts der Klagverjährung (Verhütung zu alter Processe, Beförderung der Rechtssicherheit) einen Schluß auf eine so exorbitante Wirkung jener Exceptio zu machen, halten wir nach den oben (S. 26 und 27) gegebenen Erörterungen für gänzlich unjuristisch.

### B. Vom Uebergang der Klagrechte auf und wider die Erben (translatio actionum activa et passiva).

Die eigenthümlichen Erfordernisse zur Begründung eines bestimmten Rechts sind vollständig eingetreten, auch die That-

---

auf, dann genügt dem Beklagten die Berufung auf die vorhandene res judicata. Ueberhaupt ist ja einzusehen, daß von einer fortdauernden Unterlassung des Gebrauchs eines Exceptionsrechts, wie sie für

sachen wirklich geworden, von welchen die unmittelbare Ausübung des Klagrechts wider den Gegner abhängt, und, ehe die Klage wirklich gerichtlich vorgebracht oder doch die völlige Verwandlung der actio nata in eine processualische Streitsache (durch Litiscontestation) *) erfolgt ist, stirbt das berechtigte oder verpflichtete Subject. Dies sind die Voraussetzungen der hier zu behandelnden Frage, ob ein Klagrecht von den Erben des Berechtigten oder wider die des Verpflichteten ausgeübt werden kann. Hieraus folgt:

1) Daß alle Untersuchungen über die Frage, ob der active oder passive Uebergang eines Rechts an sich möglich sey, hier auszuscheiden sind. Denn ein Recht kann durch besonderen Vertrag, oder nach specieller Concession, oder nach seiner juristischen Natur an sich auf ein bestimmtes Subject beschränkt seyn, und dennoch das durch Verletzung desselben schon begründete Klagrecht auf oder wider den Erben übergehen. **)

---

eine Verjährung vorausgesetzt werden müßte, gar nicht die Rede seyn kann, da der Gebrauch desselben, wie die obige Stelle sagt, ja von geschehener Anstellung der Klage abhängig ist. — Im Obligationenrecht ist der Grund der ausnahmsweise beschränkten Dauer der römischen exceptio non numeratae pecuniae und dotis anzugeben.

*) Ueber den Einfluß der gerichtlichen Geltendmachung eines Rechts auf das Klagrecht vgl. Drittes Cap. Abthl. 3.

**) Z. B. wenn das durch pactum in personam beschränkt erworbene Recht verletzt, oder das personelle Privilegium in seiner Ausübung gehemmt worden ist, so kann doch die dadurch begründete Schadenserſatzklage auch vom Erben geltend gemacht werden. — Ein ziemlich allgemeiner Irrthum ist, daß man solche Rechte, welche nach ihrer juristischen Natur auf bestimmte Subjecte beschränkt sind, unter den Ausnahmsfällen der Klagentranslation aufführt. Es ist zwar richtig, daß z. B. Societät, Tutel, als solche nicht vererblich sind, aber die Qualität eines socius und tutor ist als solche auch nur die abstracte Befähigung zum Erwerb gewisser Rechte und Verbindlichkeiten, und hiervon sind genau zu unterscheiden die vermöge jener allgemeinen Qualification entstandenen einzelnen Rechte und Pflichten. Societät und Tutel eines Erblassers können in der Person des Erben nicht erst Grund concreter Rechtsverhältnisse werden, aber die schon begründete actio pro socio und actio tutelae nach ihren besonderen Zwecken und Beziehungen stehen dem Erben zu, und gehen wider den Erben. (L. 6 § 6 D. de his, qui not. infam. — non tamen in tu-

2) Daß die Fortdauer aller Thatsachen, welche die concrete Begründung eines Klagrechts bedingen, in der Person des Erben hier vorausgesetzt ist. So versteht es sich von selbst, daß die Eigenthumsklage nicht gegen ihn gebraucht werden kann, wenn er nicht mehr Besitzer der bestrittenen Sache ist. Wir untersuchen hier nicht die Erfordernisse der actio nascitura, sondern ob die wirkliche nata actio auch den Erben trifft.

Unsere Untersuchung nimmt nur privatrechtliche Klagen zu ihrem Object, *) und handelt nach den beiden angegebenen Beziehungen von ihrer Vererblichkeit, darum:

## I. Von der passiven Translation der Klagrechte.

---

tela vel pro socio heres suo nomine damnari potest, quia heres neque in tutelam neque in societatem succedit, sed tantum in aes alienum defuncti. L. 65 § 9 D. pro soc. — nec heres socii succedit, sed quod ex re communi postea quaesitum est, item dolus et culpa in eo, quod ex antegesto pendit, tam ab herede quam heredi praestandum est.).

*) Die actiones populares verfolgen kein bloßes Privatinteresse, sind eigenthümlich römisch, und darum unpractisch. Sie tragen die Spuren des römischen Geistes, und bezeichnen deutlich die Stufe, welche der Staat in der römischen Welt erreichte, die Gegenwart aber überschritten hat. Der Private vertritt hier das öffentliche Interesse, indem er die juristische Folge einer gemeingefährlichen oder gemeinschädlichen Handlung für sich geltend macht. Eine solche Handlung bedroht das Gemeinwesen, aber diese res publica ist dort noch nichts anderes, als die Vielheit der cives, von denen Jeder sich als das Centrum des Staats fühlt, weil er es wirklich ist. Dort kann eine solche Verletzung nur Jeden Einzelnen treffen, darum muß auch Jeder das Recht haben, für sich dieselbe zu verfolgen. Der heutige Staat ist Mon-archie, worunter aber zu verstehen der zur sittlichen Einheit gereifte Staat, in welchem die Vielheit der Menschen nicht unmittelbar als solche, sondern nur mittelbar durch das Organ des Regenten herrscht, wo Dieser nur das wissen und wollen kann, was das Ganze will, aber auch nur er Ausdruck und Aeußerung des totalen Willens d. h. Organ seyn kann. Hier bedroht und verletzt die gemeinschädliche Handlung den Staat als Ganzes, daher jetzt auch nur Dieses durch das den Staat in diesem Gebiet repräsentirende Institut der Polizei solche Verletzungen verfolgt. Daß übrigens diese Klagen auch unter der römischen Kaiserherrschaft noch practisch waren, entspricht ganz dem Character jenes Zeitalters, welches nur

Das Princip ist hier, daß der juristische Grund des Klagrechts seine Wirksamkeit gegen die Erben des Verpflichteten bedingt:

1) Klagen aus dinglichen Sachenrechten gehen unbeschränkt gegen den Erben, und machen alle daraus schon wider den Erblasser begründeten Ansprüche auch gegen ihn geltend.

2) Persönliche Contractsklagen können unbeschränkt, d. h. auf Leistung der ganzen Schuld und des vollen Interesse, gegen den Erben des Obligirten angestellt werden, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Nichterfüllung des Erblassers auf dolus oder bloßer culpa beruht. Diese volle Haftung des Erben liegt in der Natur der Sache. Wer sich durch Vertrag obligirt, verspricht eine individuell bestimmte Leistung oder jedenfalls doch ein Aequivalent, d. h. das, was jener Leistung, wenn auch nicht äußerlich, so doch dem Wesen d. i. dem innern Werth nach gleich ist; ganz gleich ist ihr aber nur der volle Ersatz des Schadens, welchen der Berechtigte durch die Nichtleistung des bedungenen speciellen Objects erlitten hat. Die Ersatzpflicht ist also selbstverständige Folge, stillschweigender Inhalt des Vertrages selbst, und es kommt hierfür juristisch gar nicht in Frage, ob das vertragswidrige Benehmen des Obligirten aus einem dolus desselben hervorgegangen. *) Nun

---

zeigte den Untergang des römischen Geistes, die successive Vernichtung seines Wesens d. i. des republikanischen Princips, welches eben deshalb bis zur völligen Auflösung des Staats in einzelnen Sphären immer noch wirksam blieb. Diese actiones populares konnten natürlich nicht gegen die Erben als solche wirken (L. 8 D. de popular. act.), da sie kein Privatinteresse verfolgten, und auch dem Erben als solchem nicht zustehen, da schon die allgemeine Qualität eines römischen Staatsbürgers sie ihm gewährte (L. 7 § 1 D. eod. Item qui habet has actiones, non intelligitur esse locupletior). — Die speciellen Lehren des Pandectenrechts werden die einzelnen Fälle namhaft machen, welche diesem Gebiet angehören.

*) Jeder Vertrag, welcher unter dem Einfluß der bona fides steht, enthält tacite das Versprechen, nicht wissentlich dem Inhalt desselben zuwider zu handeln, also für jeden durch dolus verursachten Schaden einzustehen. Dasselbe gilt auch von der bloßen culpa, aber freilich für die verschiedenen Arten der Verträge in sehr verschiedenem Sinn. Die Interpretation der Natur der einzelnen Verträge wird das lehren.

aber haften auch die Erben für den Ersatz, weil nach der gewöhnlichen Regel der Erbe in die vertragsmäßig übernommenen Pflichten des Erblassers succedirt. *) Allerdings kann

*) Dieser natürlichen Auffassung der Sache folgte auch die römische Jurisprudenz: L. 152 § 3. L. 157 § 2 D. de reg. jur. (In contractibus, quibus doli praestatio vel bona fides inest, heres in solidum tenetur.). L. 49 D. de obligat. (ex contractu venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur — das Delict ist hier nicht Grund der actio, sondern der Contract). Gründlicher äußert sich hierüber L. 7 § 1 D. depos. Datur actio depositi in heredem ex dolo defuncti in solidum. Quanquam enim alias ex dolo defuncti non solemus teneri, nisi pro ea parte, quae ad nos pervenit, tamen hic dolus ex contractu reique persecutione descendit, ideoque in solidum nunc heres tenetur, plures vero pro ea parte, qua quisque heres est. (Dem widerspricht nicht L. 1 § 47 L. 2. eod. Die Stelle zeigt, wie der Erbe selbst dolos handeln kann. Er selbst wird nämlich Depositar, und haftet, wie der Erblasser, für dolus. Aber als Erbe hat er justam causam ignorantiae. Darum haftet er nicht für die ganze Sache, sondern nur für das, was er an Gewinn daraus hat, muß also z. B. das dafür eingenommene pretium restituiren, oder wenigstens die ihm darauf zustehende Klage cediren. Thut er nichts von Beidem, so ist er in dolo.). — Es giebt Juristen, welche gegen unsere Theorie behaupten, der Erbe hafte wegen dolus des Erblassers in Contractsverhältnissen nur in id, quod ad eum pervenit. Was sie an allgemeinen Gründen dafür anführen, reducirt sich auf den falschen Satz, daß der dolus hier Grund der Haftung sey. Sonst berufen sie sich auf § 1 J. de perpet. et temporal. act. (— aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit, (veluti) cum testator dolose versatus sit et ad heredem ejus nihil ex dolo pervenit —), und meinen, dies sey zuerst für den Erben des Tutor in L. 1 C. de hered. tutor. eingeführt worden, was auch durch L. 8 § 1 D. de fidejuss. et hered. tutor. bestätigt werde. Andere haben aber diese Stellen richtig folgendermaßen verstanden: Die L. 1 C. l. l. enthält nur eine Anwendung der schon früher practisch gewordenen Regel, daß der Erbe eines Tutor nur für dessen dolus und lata culpa haftet (L. 4 D. de magistr. conven.). Der Kaiser rescribirt: „wenn das Versehen des Tutor, wovon du sprichst, keine lata culpa ist, auch ihm kein dolus zur Last fällt (neque ex damno pupilli lucrum captatum aut gratia praestitum sit), so kann der Erbe nicht dafür einstehen.“ L. 8 § 1 D. l. l. spricht in den ersten Sätzen von dem nicht hierher gehörigen Fall, wenn die Klage schon gegen den Erblasser selbst geltend gemacht worden ist (tale judicium in heredem tutoris transferri oportere, quale defunctus suscepit). Darauf macht der Jurist in den Worten: „sed

es auch in Contractsverhältnissen eine Rechtswirkung geben, welche nicht als Folge des Versprechens, sondern des Treubruchs, der dolosen Nichterfüllung des Vertrages, erscheint. Das ist die Infamie, welche eine wahre Delictswirkung, nämlich in gewissen Obligationsverhältnissen (vgl. S. 99) eine Folge der dolosen Weigerung, den schuldigen Ersatz zu leisten, ist. Für eine solche Delictswirkung haftet der Erbe nicht.

3) Ein Delict als solches verpflichtet nie den Erben des Obligirten und keine Klage geht gegen ihn, welche eine wahre Delictsfolge geltend machte. Wahre Delictswirkung ist aber nur die Strafe. Nun ist es richtig, daß die Infamie oder die Pflicht zur Zahlung einer über den vollen Schadenersatz hinausgehenden Geldsumme immer Strafe ist; aber dies macht nicht ausschließlich ihren Inhalt aus, sondern sie kann auch in der blossen Pflicht zum Ersatz des vollen Interesse bestehen, nämlich überall da, wo dies die alleinige juristische Wirkung eines Delicts ausmacht. Ebenso ist auch der Begriff von „rei persecutio" relativ aufzulassen. Da nämlich, wo er den Gegensatz der eigentlichen Privatpoen oder Infamie bildet, bezeichnet er die Verfolgung des vollen Schadenersatzes; wo dagegen die Strafe eben in Ersatz des vollen Interesse besteht, da geht die Reipersecution, als ihr Gegensatz, nur auf den Ersatz des Schadens, welcher als wirkliches lucrum noch im Vermögen des Gegners existirt. Das absolut wesentliche Merkmal der

---

constitutionibus &c. sich selbst einen Einwand (zu erläutern aus L. 2. 4. 5. C. de in lit. jurand.), welchen er aber am Schluß der Stelle beseitigt. — In der Institutionenstelle endlich streicht man nach Auctorität einiger Handschriften das „veluti". Dann beweist sie, daß die Compilatoren Justinians freilich der Meinung waren, es gäbe einige Fälle, wo ein Erbe ex contractu defuncti doch nur in quantum ad eum pervenit hafte. Diese würden dann jedenfalls als singuläre Ausnahmen der oben angeführten Regel erscheinen, wenn es (was gar nicht wahrscheinlich) zur Zeit der Compilatoren wirklich Fälle der Art gegeben. Wahrscheinlicher ist, daß sie nur, um es dem Gaj. 4 § 112 nachzumachen, dessen Beispiele sie freilich unbrauchbar finden mußten, in der Eile und Flüchtigkeit ihrer Arbeit zur Aufstellung jenes Satzes veranlaßt sind, über dessen Anwendung sie sich schwerlich selbst klar geworden. Wenigstens spricht hierfür das erwiesen falsche Beispiel des Theophilus (paraphras. ad. § 1. J. 1.1.), des Einen dieser Arbeiter.

rei persecutio ist aber, daß ihr juristischer Grund nicht ein Delict ist: denn, wenn auch der Kläger sich auf ein begangenes Delict beruft, so geschieht das doch hier nur, um dadurch mittelbar darzuthun, daß der Gegner sich in einem nicht rechtlichen Zustande des Habens oder Besitzens befinde oder befunden habe. Nur da beruft er sich unmittelbar und positiv auf das Delict, wo er das Unrecht als solches verfolgt, also die Strafe realisiren will, und hierfür wiederum ist die Vermögensbereicherung des Gegners (sein gegenwärtiges oder früheres Haben) juristisch unwesentlich (nicht ratio juris) *). Ganz gleichgültig ist es endlich, ob die Strafverfolgung und Reipersecution in der nämlichen juristischen Form d. h. durch die nämliche Klage geschieht, oder nicht, obwohl, wenn man genau die Quellen einsieht, in den meisten Fällen verschiedene Klagen dafür gegeben sind. Alles dieses kann erst durch folgende Unterscheidungen deutlicher werden **):

a) Wenn in einem Fall zugleich die Delictsklage auf Strafe, und die reipersecutorische Klage auf Ersatz des vollen Interesse begründet sind, so geht jene gar nicht, diese aber vollständig gegen den Erben des Lädenten ***), ohne

*) Ganz besonders der Ausdruck „actio reipersecutoria ex delicto", an welchen man sich gewöhnt hat, hat Viele in dem Irrthum bestärkt, daß das Delict Grund einer reipersecutorischen Wirkung seyn könne. Es ist wohl einleuchtend, daß die ratio einer poena d. i. Delictswirkung, worin sie auch bestehe, eben nur ein Delict seyn, und ebenso umgekehrt eine reipersecutorische Wirkung nur einen nichtdelictischen Grund haben kann.

**) Es geschieht nicht bloß im Interesse dieser Lehre, daß wir auf diese Unterscheidungen näher eingehen, sondern wir werden im Verlauf dieses Werks häufig davon Gebrauch zu machen haben.

***) Es sind dies die Fälle, für welche im römischen Recht die hier vorzugsweise s. g. actiones poenales und actiones mixtae galten, und worauf das oben (S. 173 Not. ***) Behauptete sich bezieht, daß sie jetzt unpractisch geworden sind. Die nachfolgenden Erörterungen sind nur deshalb noch gegenwärtig angemessen, weil sie die Einsicht in den noch practischen Theil dieser und anderer Lehren befördern.

L 1 pr. de privat. delict. Civilis constitutio est, poenalibus actionibus heredes non teneri. — Die Obligation des fur zur Restitution der gestohlenen Sache entsteht sogleich nach erfolgter Contrecta=

Rücksicht darauf, ob sie äußerlich verschiedene Namen führen, oder zu einer Klage verbunden sind.

---

tion derselben, denn er hat sie sogleich ohne rechtlichen Grund (injuria, sine justa causa), und zum Schaden des Eigenthümers (detrimento alterius), auch ist diese Schuld sogleich fällig, und ihre Erfüllung wird mit Grund sofort erwartet. Aber er kann auch durch zeitige Oblation von den nachtheiligen mit der condictio furtiva geltend zu machenden Wirkungen sich befreien (L. 8 pr. D. de condict. furt. — et siquidem obtulit fur, sine dubio nulla erit condictio —). Nur, wenn und weil er dies versäumt, trägt er alle juristischen Folgen einer mora restituendi (L. 8 cit. — si non obtulit, durat condictio aestimationis ejus —. L. 20 D. eod. Licet fur paratus fuerit excipere condictionem, et per me steterit, dum in rebus humanis res fuerat, condicere eam, postea autem perempta est, tamen durare condictionem veteres voluerunt, quia videtur, qui primo invito domino rem contrectaverit, semper in restituenda ea, quam nec debuit anferre, moram facere.) Die wesentliche ratio der Entstehung dieser wie jeder anderen condictio (als Rückforderungsklage) ist das rechtlich grundlose Haben des Gegners, und für die bloße rei persecutio ganz gleichgültig, wodurch im einzelnen Fall jene juristische Grundlosigkeit des Habens veranlaßt worden ist (ob durch furtum, rapina, indebite solutum, turpiter acceptum, ob causam datum, oder wie sonst). Nur auf die Fälligkeit der Obligation kann die individuelle Veranlassung einen Einfluß äußern, also den Anfang der mora bedingen. Die condictio furtiva ist daher keine Delictsklage: sie verfolgt nicht das Unrecht wegen des Unrechts, sondern behauptet das Delict nur im Interesse der bloßen Reipersecution und im Dienst des sie wahrhaft hervorbringenden Grundes (Darum z. B. können hier auch infantes und furiosi obligirt werden, obwohl sie natürlich ein furtum nicht begehen können L. 2 D. de condict. furt.). Nur die actio furti gründet sich auf das Delict. Hier ist das Haben der Sache, darum auch Rückleistung oder Ersatz ganz gleichgültig; das Delict wird nur durch Erleiden der poena und durch Infamie des fur ausgeglichen (L. 65 D. de furt.). Das sind die Gründe, weshalb nicht die actio furti, wohl aber die condictio ex causa furtiva gegen den Erben gerichtet werden kann (L. 7 § 2 D. de condict. furt. L. 1 pr. D. de privat. delict.). — Ferner, wenn es wahr ist, daß für die Begründung des Condictionsrechts die besondere Natur der Thatsache, welche das sine causa habere hervorruft, gleichgültig ist, so muß rapina, vis, damnum injuria datum ein solches Recht eben so wohl veranlassen, als eine für den Obligirten nicht delictische Thatsache. Daher kann denn auch res mobilis vi abrepta, fundus vi possessus, und ex lege aquilia condicirt werden (L. 1 § 1 L. 2 D. de condict. triticar. L. 9 § 1 D. de reb. credit.), und zwar auch gegen die Erben

b) Wenn die Delictsklage auf vollen Schadenersatz als Strafe geht, so haftet, wie immer, der Erbe des Lädenten hierfür nicht. Dagegen hat die gemeine deutsche

---

des Thäters, obgleich die Delictsklage z. B. actio vi bonorum raptorum nicht gegen sie gebraucht werden kann (L. 2 § 26 D. vi bonor. rapt. — rerum raptarum nomine etiam furti vel damni injuriae vel condictione agi potest — § 27. Haec actio heredi dabitur. Adversus heredes autem non dabitur, quia poenalis actio in eos non datur. An tamen in id, quod locupletiores facti sunt, dari debeat, videamus? Et ego puto, ideo Praetorem non esse pollicitum in heredes in id, quod ad eos pervenit, quia putavit, sufficere condictionem. L. 10 § 1 D. de condict. furt.). — Die actio depositi aus dem s. g. depositum miserabile gründet sich, insoweit sie Delictsklage ist, auf die Verletzung einer durch die Besonderheit der Umstände erhöhten Treupflicht, und geht darum in Betreff des simplum der Strafe nicht gegen die Erben des Depositars; dagegen gründet sie sich als blosse Restitutions- und Interesseforderung auf den Vertrag, und obligirt auch seine Erben (L. 1 § 1 D. deposit.). — Die actio rationibus distrahendis setzt als Delictsklage eine ganz besondere Verletzung der tutorischen Pflicht voraus, und geht für das simplum der Strafe nicht gegen die Erben (L. 1 § 23 D. de tutel. et rat. distr. act. — sed in heredem non dabitur, quia poenalis est). Hiervon unterscheidet sich der Anspruch gegen den Tutor auf die bloße aestimatio rei, welcher aus der Uebernahme und Führung der Vormundschaft hervorgeht, und gegen die Erben geltend gemacht werden kann (L. 1 § 20. L. 2 § 2 D eod. haec actio, licet in doplum sit, in simplo rei persecutionem continet, non tota dupli poena est.) — Dasselbe gilt von der actio ex testamento gegen den Erben wegen verweigerter oder verzögerter Zahlung des Legats ad pias causas, welche, insoweit sie bloß die legirte Sache verfolgt, auf das Testament, und für das simplum der Strafe auf das Delict sich gründet (§ 19 J. de act. — tunc enim et ipsam rem vel pecuniam, quae relicta est, dare compelluntur, et aliud tantum pro poena —). — Endlich findet sich das nämliche Verhältniß bei den s. g. Freundschaftscontracten in den Fällen, wo diese zugleich eine Interesseforderung und die Strafe der Infamie begründen (vgl. S. 99. 105). — Vorstehende Resultate sind Consequenzen des einfachen natürlichen Princips, daß der Erbe nicht für Delicte des Erblassers haften solle. Es kommt nur darauf an, in jedem Fall den dilictischen und nichtdelictischen Grund einer Rechtswirkung zu erkennen. Statt nun diese Arbeit zu unternehmen, hat man hier, wiederum am unrechten Ort, von römischen Eigenthümlichkeiten (Eigenheiten des römischen Civil- und Prätorischen Rechts) gesprochen, um den Unterschied zwischen den obstehenden und den in der folgenden Note zu eörternden Rechtsbestimmungen zu erklären.

Praxis den Grundsatz eingeführt, daß die vom Erben erworbene Erbschaft entweder ganz oder doch nach dem Theil, welcher dem Betrag des Schadens entspricht, als ein juristisch unbegründeter Gewinn angesehen werden soll, auf dessen Restitution der Verletzte eine reipersecutorische Klage hat. Nach römischem Recht ging in einem solchen Fall die Klage gegen den Erben nur in id, quod ad eum pervenit. Diese Klage war reipersecutorisch, und hatte den Besitz des rechtlich unbegründeten Gewinnes zu ihrem Grunde. Dagegen die Delictsklage auf vollen Ersatz ging nicht gegen den Erben, weil weder er selbst delinquirt hatte, noch auch die Fiction der Repräsentation des Erblassers sich hierauf erstreckte *).

---

*) Bloß auf diese Classe von Fällen beziehen sich L. 38 L. 44 D. de reg. jur. (sicuti poena ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset.). L. un C. ex delict. defunct. in quant. hered. conv. Der Besitz des vom Erblasser unrechtlich erworbenen Guts verpflichtet den Erben sogleich zur Restitution; wenn er es daher später dolos consumirt, oder in Geld oder Sachen anderer Art umsetzt, so ist er doch noch obligirt (L. 127 D. de reg. jur. Cum Praetor in heredem dat actionem, quatenus ad eum pervenit, sufficit, si vel momento ad eum pervenit ex dolo defuncti. L. 17 D. quod. met. caus. — sufficit enim, semel pervenisse ad proximum heredem, et perpetua actio esse coepit. alioquin dicendum erit, nec ipsum, qui consumpsit, quod ad eum pervenit, teneri. L. 18 eod.) — Es ist von practischem Interesse, einige Beispiele vorzulegen, wo nach römischem Recht die Regel der Haftung des Erben in id, quod ad eum pervenit, galt, und dabei zu zeigen, warum sie galt. Denn nur auf diese Fälle bezieht die deutsche Praxis ihren Grundsatz, daß der Erbe bis zum Belauf der Erbschaft hafte, und es wird erhellen, daß auch diese Entscheidungen dem oben angegebenen allgemeinen Princip durchaus conform sind:

Die actio doli ist eine Delictsklage, gegründet auf den vom Beklagten begangenen Betrug, geht auf vollen Ersatz, und als solche nicht gegen Erben. Die Klage gegen den Erben in quantum ad eum ex dolo defuncti pervenit bezweckt nicht Ahndung des dolus, und hat zum Fundament das unbefugte Haben eines dem Kläger nachtheiligen Gewinnes: (Eben weil ihr die wesentliche ratio der actio doli (die fraus) fehlt, und nur die andern Merkmale, welche sie mit vielen andern Klagen gemein hat, verbleiben, ist sie eine actio in factum, und wird nur uneigentlich hie und da actio doli genannt). L. 26 D. de dol. L. 28 eod. (— sed utique in heredem perpetuo dabitur,

c. Wenn endlich eine Klage, weil sie keinen juristischen Vermögensverlust des Klägers voraussetzt, nicht auf eigent-

---

quia non debet lucrari ex alieno damno. Cui conveniens est, ut et in ipso, qui dolo commiserit in id, quod locupletior esset, perpetuo danda sit in factum actio). L. 29 eod. (Sabinus putat, calculi ratione potius, quam maleficii, heredem conveniri —). — Das interdictum de vi ist eine Delictsklage, und geht gegen den Thäter auf vollen Schadensersatz (L. 1 § 35 L. 6. L. 19 D. de vi — quia ex ipso tempore delicti plus quam frustrator debitor constitutus est). Aber die Klage ex causa hujus interdicti, gegen seinen Erben in id, quod pervenit, ist eine actio in factum, und rein reipersecutorisch (L. 1 § 48 eod. Ex causa hujus interdicti in heredem — in factum actio competit in id, quod ad eos pervenit. L. 3 § 1 eod. Haec actio — perpetuo competit, quia in ea rei persecutio continetur). — Das Interdict aus der operis novi nunciatio gegen den Nunciaten selbst ist eine Delictsklage, und geht als solche nicht gegen seinen Erben. Allerdings hat der Nunciant auch gegen diesen eine Klage in id, quod ad eum pervenit, aber viele römische Juristen meinten auch ganz richtig, daß dies eine actio in factum sey (L. 22 D. de oper. nov. nunciat. Cui opus nunciatum est, ante remissam nunciationem opere facto decessit. debet heres ejus patientiam destruendi operis adversario praestare: nam et in restituendo hujusmodi opere ejus, qui contra edictum fecit, poena versatur: porro autem in poenam heres non succedit. L. 20 § 8 eod. — in id quod ad eum pervenit, duntaxat dari oportere — nonnulli putant, tam actionem in factum esse dandam, quam interdictum; quod verum est.). — Vgl. ferner L. 9 § 1 D. quod fals. tut. auctor. (— in eos vero non reddi — quoniam et factum puniunt, et in dolum concipiuntur —) L. 9 § 8 D. de reb. auct. jud. possid. (si possessionis causa deterior facta esse dicetur dolo ejus, qui in possessionem missus sit, actio in eum ex dolo datur, quae neque post annum neque in heredes dabitur, cum ex delicto oriatur, poenaeque nomine concipiatur.). —

Die actio damni injuriae verstattet man heutzutage nur auf das volle erweisliche Interesse des Beschädigten nach dem Maaß des Werths, welchen die Sache zur Zeit der Beschädigung hat, und bringt das erste und dritte Capitel der lex Aquilia, wornach der höchste Werth, welchen die Sache innerhalb des letzten Jahrs oder Monats gehabt hat, in Anschlag gebracht werden soll, nicht mehr zur Anwendung. Hierdurch aber ist diese Klage natürlich nicht reipersecutorisch geworden, sondern das damnum injuria datum ist noch immer ein Delict, mithin seine Wirkung, Ersatz des Interesse, wahrhaft Strafe. Darum fällt denn diese Klage ganz unter die Regeln der Classe von Fällen, welche in dieser Note erörtert werden, wornach der Erbe mit dem

15

lichen Ersatz eines Schadens gerichtet ist, und dennoch einen Verlust und Vermögensnachtheil des Beklagten be-

ganzen Nachlaß des Thäters, aber auch nicht weiter, für die Strafzahlung haften muß. — Die Entwendung unter Ehegatten (amotio rerum) hat die Eigenthümlichkeit, daß die Rechtswirkung, welche bei einem gewöhnlichen furtum durch die reipersecutorische condictio furtiva geltend gemacht wird, hier den Character einer Delictswirkung annimmt. Diese Entwendung nämlich ist zwar ein furtum, also Delict, wird aber gelinder bestraft (L. 29 D. de act. rer. amot. — nam veritate furtum fit, etsi lenius coercetur mulier), weil die actio furti mit ihren besonderen Wirkungen hier nicht zur Anwendung kommt. (L. 1 D. eod. — furto quidem eam facere, sicuti filia patri faciat, sed furti non esse actionem —. L. 2. eod. nam in honorem matrimonii turpis actio adversus uxorem negatur.). Die actio rerum amotarum hat also die gewöhnlichen Wirkungen der condictio furtiva, aber weil diese hier die einzige Wirkung des Delicts ausmachen, haben sie die Natur einer Strafe. Das ist der Grund, weshalb die Quellen diese Klage immer mit der condictio furtiva z. B. in Betreff der Schätzung des Schadens, der Verjährung, zusammenstellen (L. 21 § 4 D. eod. Haec actio, licet ex delicto nascatur, tamen rei persecutionem continet, et ideo non anno finitur, sicut et condictio furtiva). Sie ist also eine Delictsklage, welche auf Interesseleistung geht, und deshalb gegen die Erben nach römischem Recht nur in id, quod pervenit, nach der heutigen Praxis bis zum Belauf der Erbschaft geltend gemacht werden kann. Unsere Ansicht bestätigt L. 3 C. rer. amot. (— contra successores ejus non in solidum, sed in quantum ad eos pervenit —), und wird nicht widerlegt durch L. 6 § 4 D h. t. (item heres mulieris ex hac causa tenebitur, sicut condictionis nomine ex causa furtiva). Diese Stelle will nur den Gegensatz dieser Klage gegen die actio furti (deren Stelle sie eben vertritt) hervorheben, welche gar nicht gegen die Erben geht. Sie sagt, es werde bei dieser Klage gehalten, wie bei der condictio furtiva, daß nämlich der Erbe hafte. Aber sie giebt nicht näher an, wie er haftet; diese nähere Angabe enthält nun jene Constitution, und zwar ganz der Regel gemäß. — Die actio de calumniatoribus endlich ist eine Delicts- und Strafklage, und geht als solche nicht gegen die Erben (L. 1 pr. D. de calumniat.). Aber insofern das calumniae causa Erworbene vom Verletzten selbst herrührt, hat Dieser natürlich, nach den in der vorigen Note angeführten Grundsätzen, ein Condictionsrecht auch gegen die Erben (L. 4 L. 5 § 1 D. eod.). Jedenfalls aber, also auch, wenn das turpiter Erworbene von einem Dritten herrührt, sind die Erben verpflichtet, das noch vorhandene lucrum (id, quod ad eos pervenit) zu restituiren nach dem Grundsatz „turpia lucra heredibus quoque extorqueri, licet crimina extinguantur" (L. 5 pr. D. eod.). —

zweckt, so ist klar, daß sie dem Wesen nach auf Strafe geht, und daß die Thatsache, welche ihr zum Grunde liegt, juristisch als Delict behandelt wird, wenn sie auch technisch nicht immer diesen Namen führt. Dies sind die Klagen, welche man nicht unpassend actiones meram vindictam spirantes genannt hat, obwohl man sich über die Anzahl der hierher gehörigen Fälle nicht einig ist. Beruhen nun aber diese Klagen ihrer Natur nach auf einem Delictsgrunde, so versteht sich, daß nach der allgemeinen Regel auch hier die Erben nicht belangt werden können. Auch kann hier, wo eine Bereicherung des Erben durch einen Vermögensverlust des Klägers nicht vorausgesetzt wird, eine Haftung desselben in id, quod ad eum pervenit, gar nicht vorkommen *).

---

Uebrigens hat man in neuerer Zeit bündig nachgewiesen, daß der oben angeführte jetzt herrschende Grundsatz der Praxis über die Haftung des Erben keineswegs, wie man früher angenommen, mit den Bestimmungen des Kanonischen Rechts übereinstimmt, indem diese vielmehr die unbedingte Haftung des Erben ohne Rücksicht auf den Bestand der Erbmasse aussprechen (C. 5 X de raptor. C. 9 X de usur. C. 14 X de sepult.).

*) Hierher gehört zunächst die Injurienklage (L. 13 pr. D. de injur.). Ein gegen die Erben des Injurianten geltend zu machender Anspruch wegen erlittenen Vermögensnachtheils kann hier nicht vorkommen. Was man nach vulgärem Sprachgebrauch einen Ersatz für verletzte Ehre nennt, ist juristisch Strafe. Hierher gehört auch der Anspruch auf Schmerzensgelder bei einer Körperverletzung, welchen die heutige Praxis dem Verletzten außer den Kurkosten und dem Ersatz wegen Versäumnisse gewährt. Dieser bezweckt juristisch nur eine Genugthuung wegen des Delicts. Unter die Kategorie der Injurienklagen fällt auch das auf gemeiner Praxis beruhende Recht einer geschwächten unbescholtenen Jungfrau, gegen ihren Verführer (alternativ) auf Eingehung der Ehe oder Ausstattung (s. g. Dotation) zu klagen. Dieser s. g. Ersatz wegen verletzter jungfräulicher Ehre und entzogener oder erschwerter Gelegenheit zu einer anständigen Verheirathung ist nichts anderes, als Strafe, Genugthuung wegen des Delicts; ganz begreiflich, denn eine Vermögensverletzung, welche einer reipersecutorischen Klage gegen den Stuprator zum Grunde liegen müßte, ist hier nicht vorhanden. Auch ist der Einwand der Gegner, daß die Geschwächte selbst einwillige, durchaus verfehlt. Denn die objective Natur der verletzenden Handlung, welche ihr die jungfräuliche Ehre

## II. Active Translation der Klagrechte.

Als Regel gilt hier, daß die schon bei Lebzeiten eines Erblassers begründeten privatrechtlichen Klagen unbeschränkt auf

---

raubt, ist Grund der Klage, und der Umstand, daß die Geschwächte durch Verführung hingerissen ward, sich preiszugeben, nimmt natürlich jener Handlung nicht den delictischen Character. Endlich liegt auch ohne Zweifel der actio de mortuo inferendo der Gesichtspunct der Injurie zum Grunde. In der L. 9 D. de religios. wundert sich Gajus über die zu seiner Zeit herrschende Ansicht, welche die active und passive Translation dieser Klage verwarf, da sie doch eigentlich bloßen Ersatz des Interesse verfolge. Aber eben jener anerkannt practische Erfolg hätte ihm erkennen lassen müssen, daß man die gewaltsame Verhinderung der Beerdigung als eine Beschimpfung des Andenkens des Verstorbenen und dadurch mittelbar als eine Beleidigung seiner Angehörigen betrachtete, und daß man das Vermögensinteresse des Verletzten nur als Maaßstab zur Bestimmung der Größe der Genugthuung gebrauchte (vgl. L. 6 C. de sepulcr. viol.). — Wir zählen ferner zur Classe der actiones meram vindictam spirantes die Rückfordrungsklage einer Schenkung ob ingratitudinem des Beschenkten, und halten dafür, daß dieselbe gegen die Erben des Donatars nicht angestellt werden kann, obgleich die L. 10 C. de revoc. donat. ausdrücklich dies nicht enthält. Wer mit Donell (comment. jur. civ. XIV. 27), gestützt auf L. 35 D. de obligat. (illae autem rei persecutionem continent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest), diese Klage nach ihrem Grunde für eine wahre rei persecutio hält, dem muß es allerdings leicht werden, die betreffende Stelle für die gegentheilige Ansicht zu interpretiren. Aber eben jene Voraussetzung ist falsch. Die Veränderung welche eine Schenkung im Vermögen des Schenkers hervorbringt, ist nicht, was jene Stelle unter „abesse ex patrimonio“ versteht; das geschenkte Object ist ein rechtlicher Erwerb des Donatars, und man kann das wohl factisch, aber nicht juristisch einen Vermögensverlust des Schenkers nennen. Bloß die ingratitudo des Beschenkten macht die juristische ratio der Revocationsklage aus, und ihre Folge ist grade für ihn juristisch ein Verlust, nämlich dessen, was ihm schon gehörte. Auch der Begriff, welchen L. 10 C. l. l. von der ingratitudo aufstellt (injuria atrox, manus impia, vitae periculum, jacturae moles ex insidiis u. s. w.), zeigt deutlich die Delictsnatur dieser Klage, und daß die Revocation eine Strafe des Delicts seyn soll. Geht man mit diesem richtigen Princip an die Erklärung der Stelle, so wird man finden müssen, daß der Kaiser in dem Satz „hoc tamen usque ad primas personas tantummodo stare censemus“ die Personen des Schenkers und Beschenkten mit Ausschluß ihrer beiderseitigen Erben meint, daß

seine Erben übergehen, und es giebt hiervon nur wenige Ausnahmen *)

---

er nur, wie so oft, im folgenden Satz seine Gedanken sehr unpräcis ausspricht, und endlich, daß er in dieser Constitution überhaupt nur den nämlichen gesetzgeberischen Gedanken weiter ausführen will, welchen schon vor ihm die römische Legislation in einer speciellen Anwendung ausgesprochen hatte (in L. 7 C. de revoc. donat. — actionem vero matris ita personalem esse volumus, ut vindicationis tantum habeat effectum, nec in heredem detur, nec tribuatur heredi —). — (Zu derselben Classe von Klagen kann im römischen Recht auch noch die poenalis actio in factum „adversus eum, qui contra edictum Praetoris in jus vocaverit" gerechnet werden L. 12. L. 24 D. de in jus voc.). —

*) Außer den schon angeführten actiones vindictam spirantes sind zu nennen die actio de calumniatoribus (L. 4 D. de calumniat.), und die querela inofficiosi testamenti. Sie ist eine Beschwerde über die Iniquität und Pflichtwidrigkeit des Testators, welcher seinen nahen Verwandten grundlos von der Erbfolge ausgeschlossen hat, geht auf Rescission der inofficiosen Verfügung, und wird deshalb nicht als eine gewöhnliche Vermögensklage behandelt (pr. J. de inoffic. testam. — hoc colore, quasi non sanae mentis fuerint, cum testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur, non quasi vere furiosus sit, sed recte quidem fecerit testamentum, non autem ex officio pietatis. Nam si vere furiosus sit, nullum testamentum est. L. 6 § 2 L. 7 D. de inoffic. testam. Es ist diese Klage vergleichbar der Querel des Patrons, welcher die Impietät des Libertus rügt, der ohne specielle Erlaubniß des Prätor ihn in jus vocirt hat — L. 25 D. de in jus voc. — ex querela patroni vel quinquaginta aureos dat, vel a Praefecto Urbi quasi inofficiosus castigatur.). — Die Regel über die active Klagentranslation enthalten § 1 J. de perpet. et temp. act. L. 1 § 1 D. de privat. delict.

Am Schluß dieser Lehre mag eine Bemerkung stehen für diejenigen Juristen, welche trotz oder vielleicht grade wegen aller bisherigen Auseinandersetzungen geneigt seyn möchten, uns der Vermengung der Begriffe von Strafe und Schadensersatz zu bezüchtigen. Die gewöhnliche Meinung faßt diese Begriffe als juristische Gegensätze, unterscheidet sie nach ihrem Inhalt, und nennt Strafe jedes über den bloßen Ersatz hinausgehende Uebel. Wir dagegen behaupten, daß der Schadensersatz als solcher gar kein selbständiger juristischer Begriff ist, sondern eine zufällige Form, in welcher eine Strafe oder eine Vertragsverbindlichkeit u. s. w. auftreten kann. Der Begriff der Strafe läßt sich nur nach seinem juristischen Grunde (ratio) bestimmen. Strafe ist jedes den Lädenten treffende Uebel, welches die ju-

## C. Von Collision der Rechte.

Rechte verschiedener Subjecte collidiren nur dann, wenn sie, gesetzmäßig erworben und concret begründet, in gleicher juristischer Stärke einander gegenüberstehen, und, weil sie den nämlichen Inhalt haben, nicht zugleich beide ihre volle Befriedigung erlangen können. Die genauere Untersuchung dieser Begriffsbestimmung wird ergeben, daß die meisten Bestimmungen, welche die Theorie hier aufzustellen pflegt, in diese Lehre gar nicht gehören. Die Grundsätze, welche über eine wahre Collision der Rechte zur Anwendung kommen, sind sehr einfach, daher die nachfolgenden mannichfachen Unterscheidungen nur deswegen nöthig sind, um diese Lehre fest zu begränzen, und von den Begriffen zu säubern, welche zum Theil wegen ihrer nahen Verwandschaft mit dem vorliegenden Stoff leicht hierher gezogen werden können. Wir gehen näher auf [die angegebenen Merkmale ein, und behaupten:

1) Es ist keine Collision, wenn ein Recht bloß durch sein Bestehen die Entstehung eines anderen hindert. Diese Regel greift da ein, wo ein Recht seinen Inhalt absolut erschöpft, so daß ein gleiches auf dasselbe Ganze gerichtetes Recht nicht daneben bestehen kann, was aber nur da vorkommt, wo das

---

ristische Folge eines Delicts ist. Erleidet er das Uebel, worin es auch bestehe, gesetzlich bloß aus dem Grunde, weil er Unrecht gethan, so ist es juristisch Strafe. Wird nun die Größe dieser Strafe nach der Größe des angerichteten Schadens bemessen, und einfach auf den Ersatz desselben beschränkt, so besteht sie in Schadensersatz. Sie kann aber auch andere Formen annehmen, indem sie entweder ein auf Privatsatisfaction des Verletzten berechnetes über den bloßen Ersatz hinausgehendes Uebel enthält, was man gemeinhin Privatstrafe nennt, oder auch eine Beziehung auf den Staat als Ganzes annimmt (öffentliche Strafe.). Wenn dagegen der Schadensersatz nicht eine Wirkung des Delicts, sondern z. B. des Vertrages ist, so ist er ebensowenig im juristischen Sinn Strafe, als dies von der s. g. Conventionalstrafe behauptet werden kann, welche lediglich die rechtliche Folge eines Vertrages ist. Uebrigens reichen schon die oben allegirten Zeugnisse zu dem Beweis hin, daß unsere Behauptung mit den Quellen völlig übereinstimmt.

Recht an sich an seinem individuell bestimmten factischen Object haftet *)

2) Nicht minder ist es klar, daß keine Collision vorhanden ist, wenn zwei Rechte sich wie Regel und Ausnahme zu einander verhalten, und dann das speciellere Ausnahmsrecht dem allgemeineren Recht vorgeht. Denn die Regel gilt eben nicht für die Fälle, welche das Ausnahmsrecht begreift, beide Rechte haben verschiedene Sphären, und können daher im juristischen Sinn einander nicht afficiren und collidiren. In demselben Augenblick, in welchem das Ausnahmsrecht entsteht, hört die Regel des Rechts auf, für den unter jenes fallenden Inhalt Recht zu sein. Juristisch sind hier also zwei concurrirende, nicht aber collidirende Rechte **). Ueberhaupt ist das Princip festzuhalten,

---

*) Das Eigenthum ist totale juristische Herrschaft über die unterworfene Sache, sein Begriff schließt ein auf dasselbe ganze Object gerichtetes Eigenthumsrecht eines anderen Subjects aus. Wenn daher Jemand seine Sache zwei verschiedenen Subjecten verkauft, so ist der, welchem sie zuerst tradirt wird, allein Eigenthümer, und die später erfolgte Tradition an den andern Käufer wirkungslos, obwohl er natürlich seine Ansprüche aus dem Kauf gegen den Auctor behält. Hier von einem Altersvorzug eines Rechts vor dem andern zu reden, ist durchaus falsch, da hier überhaupt nur ein dingliches Recht vorliegt, und das persönliche Recht des andern Subjects einen ganz anderen juristischen Inhalt hat (L. 15 C. de rei vindic.). — Ebenso verhält es sich mit der bonae fidei possessio, wenn nämlich derselbe non dominus eine Sache Zweien verkauft und nach einander tradirt. In der Lehre von der bonae fidei possessio wird gezeigt werden, daß dieselbe ein, wenn auch beschränktes und relatives, doch wahres dingliches Recht ist. Auch dieses Recht absorbirt gänzlich das ihm unterworfene Object, und kann ein gleiches Recht an demselben Object nicht neben sich dulden. Darum muß auch hier der Käufer, welcher zuerst durch Tradition die Sache erwarb, ausschließlich ein durch actio Publiciana verfolgbares Recht haben; eine Collision ihrer Rechte ist unmöglich (L. 9 § 4 D. de Public. in rem. act.). — Ganz dasselbe gilt von der Emphyteusis, Superficies und dem Ususfruct.

**) L. 80 D. de reg jur. In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est. Darum geht das eigentliche Privilegium dem jus singulare, und dieses dem jus commune vor: das speciellere Recht zieht die Fälle, welche unter seine Bestimmung gehören, aus dem Umfang des allgemeine-

daß wo nach irgend einem Grundsatz ein Recht vor einem andern einen gesetzlichen Vorzug hat, von einer Collision derselben nicht die Rede seyn kann, eben weil sie die Möglichkeit eines Zusammentreffens der Rechte in dem nämlichen Inhalt, also gleiche rechtliche Stärke derselben voraussetzt. Auch verfährt die Theorie sehr falsch, welche eine Menge von Gesetzesstellen hierher zieht, welche das Nebeneinanderbestehen oder auch die successive Gültigkeit mehrerer Rechte aussprechen, und diese Entscheidung auf die Interpretation *) des (aus der Natur

---

ren Rechts heraus. Auch giebt es gesetzlich bestimmte Rangordnungen verschiedener jura singularia unter einander, z. B. das beneficium SCti Vellejani weicht dem beneficium in integrum restitutionis des minor, wenn der durch die Intercession des Weibes befreite Schuldner des minor insolvent ist (L. 12 D. de minor.). Die minor aetas geht vor dem beneficium SCti Macedoniani (L. 11 § 7 D. eod.). — In diese Kategorie gehört auch das Verhältniß des Eigenthums zu den jura in re aliena. Das Eigenthum besteht neben dem beschränkenden jus in re, ist aber gegen den Inhaber desselben wirkungslos in allen den Beziehungen, welche der Sphäre dieses Rechts angehören.

*) Wer ein hypothekarisches Pfandrecht an einer Sache constituirt, welche schon mit einer andern Pfandlast für eine dem Werth des Objects gleichkommende Fordrung behaftet ist, will, daß ersteres wirksam werden soll, wenn die Sache vom älteren Pfandnexus befreit seyn werde. Denn es versteht sich von selbst, daß der Schuldner über sein durch die Pfandlast beschränktes Recht nur so, wie er es hat, disponiren, mithin die Sache nur in jenem beschränkten Sinn dem zweiten Gläubiger obligiren kann. Die Natur des auf bloße utilitas berechneten Pfandinstituts gestattet eine Concurrenz von Pfandrechten an einer Sache, welche nach ihrem gegenwärtigen Werth für die volle Befriedigung aller dieser Gläubiger nicht hinreicht. Denn nach den Grundsätzen des neueren Rechts darf alles, was möglicher Weise dem Gläubiger Sicherheit gewähren kann, dem Pfandnexus dienstbar gemacht werden. Nun ist es aber möglich, daß das ältere Pfandrecht aus irgend einem Grunde erlischt, oder der Werth der Pfandsache sich später erhöht. Darum gilt hier nicht der Satz, daß das Bestehen des dinglichen Rechts die Entstehung eines gleichen Rechts an der nämlichen Sache hindert (vgl. S. 230), sondern die Regel „prior tempore potior jure. (L. 4 C. qui potior. in pignor.). — Der Ususfruct ist, wie das Eigenthum, in seinem Bereich absolut erschöpfend, daher kann er an der nämlichen Sache Mehreren nur theilweise eingeräumt werden. Umgekehrt läßt die Natur vieler Realservituten die Constituirung mehrerer solcher Rechte an

eines Rechtsverhältnisses erkennbaren) Willens der solche Rechte constituirenden Subjecte (z. B. Testators, Paciscenten) gründen.

---

demselben Object zu, weil sie sich in der Regel in der Ausübung factisch nicht beschränken. Wo aber ein Realservitut dies nicht gestattet, z. B. das jus pascendi, da tritt dieselbe Rechtswirkung ein, welche von der Hypothek angegeben worden ist. Das später constituirte Weiderecht ist nämlich gültig entstanden, kann aber nicht zur Ausübung gelangen, so lange das Bedürfniß des schon früher berechtigten praedium dominans das factische Object des Rechts absorbirt. Denn dieses Bedürfniß (der für das herrschende Gut nothwendige Viehbestand) bildet den Maaßstab für den Umfang des Rechts (wie überhaupt bei Realservituten L. 5 § 1 D. de servit. praed. rustic.). Wenn nun dieses Bedürfniß sich mindert, oder der Fruchtertrag des dienenden Guts sich vermehrt, oder das ältere Weiderecht ganz aufhört, so kann und soll nach der Absicht des Bestellers das später eingeräumte Recht zur Ausübung gelangen. — Eine Schenkung gilt immer nur deducto aere alieno, d. h. der Donatar hat nur einen Anspruch auf das, was dem Schenker nach Befriedigung aller seiner Gläubiger noch übrig bleibt (L. 19 § 1 D. de re judic.). Es ist falsch, hier von einer Collision der Rechte dieser Gläubiger und des Donatars zu reden; sie stehen juristisch in gar keinem Verhältniß zu einander. Jener Satz geht hervor aus der Interpretation des präsumtiven Willens eines Schenkers. Er will geben, was er hat, aber gewiß nicht zum Besten des Donatars noch mehr opfern, als was er gegenwärtig hat. Das würde er aber thun müssen, wenn man ihm nicht den Abzug seiner Schulden gestatten wollte. Er würde nämlich zur Befriedigung seiner Gläubiger auch seinen künftigen Erwerb angreifen müssen, also selbst des Genusses seines künftigen Vermögens beraubt seyn. Das aber kann keinem Schenker zugemuthet werden: daher die consequent juristische Präsumtion, der Schenker gebe immer nur deducto aere alieno. — Es giebt Verträge über individuell bestimmte persönliche Leistungen, welche durch bloßen Ersatz des Interesse nicht immer genügend vertreten werden können. So will bei einer locatio operarum der conductor eben die bestimmten Dienste, und grade von diesem Locator, und eben zu dieser bestimmten Zeit, und auch der locator, welcher durch kein schon gegebenes Versprechen derselben operae gehindert ist, will dies Alles. Im entgegengesetzten Fall aber versteht sich nach der Natur des Vertrages von selbst, daß der spätere Conductor dem älteren in Beziehung auf die operae selbst nachstehen muß. Denn der Locator kann ihm juristisch nur versprechen wollen, was ihm bei Eintritt des verabredeten Termins nach seiner ganzen rechtlichen Lage zu leisten möglich ist, obgleich jener natürlich seine vollen Entschädigungsansprüche behält. Auch hier ist keine Collision von Rechten (L. 26 D locat. In operis duobus simul locatis convenit, priori

3) Die wahre Collision erfordert, daß die Rechte verschiedener Subjecte gleichmäßig zur gerichtlichen Geltendmachung reif sind, folglich auf beiden Seiten nicht bloß die allgemeinen Voraussetzungen der Erwerbung eines bestimmten Rechts, sondern auch die speciellen Erfordernisse vorhanden sind, von welchen die Ausübung desselben als eines concreten Klagrechts abhängt. Darum sind es keine wirklich collidirenden Rechte *),

conductori ante satisfieri.). — Ebenso verhält es sich nach heutigem Recht mit dem Zusammentreffen zweier Verlöbnisse eines Individuum mit zwei verschiedenen Subjecten. Auch hier kann das jüngere nicht zur Ausübung kommen, so lange das ältere nicht aufgehoben ist, und von dem Berechtigten wirklich (so durch Einsage gegen Eingehung der Ehe) geltend gemacht wird (C. 31 C. 22 X de sponsalib.). — Der Wille eines Testators, welcher Mehreren die nämliche Sache legirt, läßt sich auf verschiedene Art verstehen. Legirt er Beiden conjunctim, so will er, daß sie die Sache theilen; verfügt er aber separatim, so kann er durch die spätere Legatsverfügung die ältere ganz adimiren, oder auch nur bis auf die Hälfte der Sache einschränken, oder endlich dem Einen die Sache selbst, dem Andern den Werth derselben zudenken wollen, was erst aus einer concreten Willensinterpretation ersichtlich ist. L. 33 D. de legat. 1. Auch hier aber liegt keine Collision von Rechten vor, sondern es wird nur untersucht, welche Rechte der Testator eigentlich habe constituiren wollen, und es werden dabei nur die verschiedenen Möglichkeiten erwogen. Grade so wird in L. 1 D. de aur. argent. legat. nach der Natur des legirten Objects entschieden, worauf das Recht Jedes der mehreren Legatare gehen solle. Der ganz generell lautende Ausdruck des einen Legats wird hier erst durch Vergleichung mit dem Inhalt des daneben bestehenden Vermächtnisses gehörig, nämlich beschränkt, verstanden. — Auch L. 22 § 5 C. de jur. deliber. enthält keine Collision der Rechte der Erbschaftsgläubiger und Legatare. Wenn hier für Jene entschieden wird, so ist das nur eine Anwendung des bekannten Satzes, daß die Legate nur den Theil des Nachlasses befassen, welcher nach Befriedigung der Gläubiger übrig bleibt: denn nur diesen kann der Testator (grade so, wie der Schenker) zum Object des Vermächtnisses machen wollen. Wenn nun aber das Recht der Legatare grade die Objecte nicht betrifft, welche zur Befriedigung der Fordrungen der Gläubiger dienen, so ist klar, daß sie nicht collidiren. — Auf diese Verhältnisse des Legats und der Schenkung bezieht sich auch die allgemeine Interpretationsregel der L. 41 § 1 D. de reg. jur. In re obscura melius est, favere repetitioni, quam adventitio lucro. —

*) Beispiele: Nach der Regel des Rechts kann ein Gläubiger von seinem Schuldner volle Befriedigung verlangen, auch wenn Dieser da-

von welchen dem einen grade das zur concreten Gültigkeit erforderliche Moment fehlt, während für das andere die zu seiner Begründung erforderlichen Voraussetzungen schon vollständig eingetreten sind.

4) Eine Collision setzt voraus das Zusammentreffen verschiedener Rechte in dem nämlichen Inhalt. Darum kann ein dingliches Recht mit einem persönlichen nie collidiren, weder dadurch, daß der dinglich Berechtigte selbst obligirt ist, das Object seines Rechts einem andern zu leisten, noch auch dadurch, daß Jemand ein dingliches Recht an einer Sache hat, welche zugleich das Object eines Obligationsverhältnisses zwischen zwei anderen Subjecten ausmacht. Denn beide Rechte divergiren wesentlich in ihrem juristischen Gehalt: das dingliche Recht bindet Jeden, und hat die specielle Sache zum factischen Inhalt; das persönliche aber bindet juristisch nur den Willen des obligirten Subjects, und hat zum practischen Object nur

---

durch völlig verarmen würde. Wenn nun von zwei Gläubigern, welche zu dem nämlichen Schuldner in dem besonderen Verhältniß stehen, daß sie sich das s. g. beneficium competentiae gefallen lassen müssen (z. B. weil der Eine ein socius, der Andre ein Ehegatte von ihm ist), Einer mit seiner Klage zu einer Zeit auftritt, wo der Schuldner noch vollaus zahlen kann, ohne dadurch zu verarmen, so kann er noch jene Regel des Rechts für sich geltend machen, weil eben die Voraussetzungen jenes beschränkenden beneficium noch nicht eingetreten sind. Der Andere dagegen, welcher erst später gegen den schon nicht mehr ganz solventen Schuldner die Klage erhebt, muß jenes beschränkende Recht dulden. — Ein minor, welcher einem andern minor, welcher zugleich filiusfamilias ist, ein Gelddarlehn gegeben hat, kann gegen den Nachtheil, den er durch die exceptio SCti Macedoniani erleiden würde, Restitution erlangen (L. 11 § 7 D. de minorib.). Der Empfänger hat wegen seiner minor aetas zwar an sich auch einen Anspruch auf Restitution, aber nur dann, wenn er lädirt ist. Dieser Grund des Restitutionsrechts fehlt ihm nun aber, wenn er noch im Besitz des als Darlehn empfangenen Geldes ist. Hier also collidiren gar nicht zwei jura minorum, wie man fälschlich oft behauptet hat (L. 34 pr. D. eod.). — So auch kann ein Weib, welches bei einer Gläubigerin sich verbürgt hat, gegen diese die exceptio SCti Vellejani geltend machen, ohne das gleiche Recht ihrer Gegnerin fürchten zu müssen. Denn nur eine Intercedentin, nicht eine Gläubigerin hat das beneficium SCti (L. 5 C. ad SCt. Vellej.). Vgl. L. 46 D. ex quib caus. major.

den dem Interesse des Berechtigten entsprechenden Theil des Vermögens des Verpflichteten *)

Die gegebenen Auseinandersetzungen lehren, daß bei einer wirklichen Collision der Richter nie zur Entscheidung der Frage gelangen kann, welches von den collidirenden Rechten dem andern vorgehe. Vielmehr setzt eine Collision der Rechte voraus, daß dieselben juristisch zugleich geltend gemacht werden können, und nur factisch die volle Befriedigung beider unmöglich ist. Hieraus folgt, daß auch die Auflösung einer solchen Collision nicht von besonderen juristischen Grundsätzen erwartet werden darf, sondern nur von der bloß factischen Zufälligkeit zuerst erfolgter Befriedigung abhängt, oder durch beiderseitige Verkürzung des Inhalts der Rechte, oder endlich durch den blinden Zufall des Looses vermittelt wird. Nun aber kann die Befriedigung eines Rechts in zwiefacher Weise geschehen:

1) Auf außergerichtlichem Wege dadurch, daß der Berechtigte in den Besitz dessen gelangt, worauf sein Recht geht. Hier muß der Richter den Besitzer **) gegen den Angriff

---

*) Wenn z. B. der Eigenthümer sein Grundstück verpachtet, so wird durch diese persönliche Pflicht, dem Pächter die Sache zu leisten und zum Zweck des Gebrauchs zu lassen, sein Eigenthumsrecht nicht im mindesten afficirt. Ferner, wenn er mittlerweile das Grundstück veräußert, so kann der Pächter gegen das Vindicationsrecht des neuen Erwerbers sich nicht auf sein bloß den Verpächter obligirendes Recht berufen, aber dieses Pachtrecht bleibt ihm auch durchaus unbeschränkt, und kann, wenn der Verpächter seinen Verpflichtungen nachzukommen außer Stande ist, durch eine Interesseforderung geltend gemacht werden. Man sieht hieraus, daß die gangbare Regel „Kauf bricht Miethe" das, was sie richtig meint, falsch ausdrückt. Sie meint, daß der neue Eigenthümer dem Pächter oder Miether vermöge seines Vindicationsrechts die Sache entziehen kann; sie drückt aber aus, daß auch das Locationsverhältniß dadurch aufgehoben werde, und dies ist falsch, denn nur factisch wird das Verhältniß gestört, es kann aber juristisch nach wie vor gegen den Locator geltend gemacht werden.

**) Von mehreren Gläubigern desselben Schuldners, welche wegen materieller Insolvenz desselben nicht zusammen befriedigt werden können, wird derjenige, welcher zuerst volle Zahlung erlangt hat (qui sibi vigilavit), gegen die übrigen geschützt (L. 6 § 7 L. 24 D. quae in fraud. creditor.). — So auch gewährt unter mehreren gleich stark

des collidirenden Rechts schützen, weil dieses nach der Voraussetzung nur gleich stark ist, und bloß in ähnlicher Lage einen gleichen Schutz zu erwarten befugt wäre.

---

privilegirten bloßen Fordrungen nicht das Alter ihrer Entstehung juristisch, sondern nur die zuerst erlangte Zahlung factisch einen Vorzug (L. 32 D. de reb. auctorit. judic. possid.). — Hierher gehört ferner die allgemeine Regel der L. 33 D. de reg jur. „In eo, quod vel is, qui petit, vel is, a quo petitur lucrifacturus est, durior causa est petitoris", und der L. 28 pr. D. eod. In pari causa possessor potior haberi debet. Anwendungen hiervon: L. 10 D. de pignorib. Der Pfandgläubiger, welcher im Besitz der ihm zugleich mit einem Andern in solidum verpfändeten Sache ist, kann sich gegen die Klage dieses Mitgläubigers schützen durch die exceptio „si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset." Dem Besitzer genügt hier die Berufung auf sein gleich starkes Recht. — L. 9 § 4 D. de Public. in rem act. Wenn Mehrere ihre bonae fidei possessio an der nämlichen Sache von verschiedenen Nichteigenthümern ableiten, so kann der, welcher unmittelbar im Besitz ist, die Klage des Anderen repelliren (die Erklärung der L. 31 § 2 D. de act. emt. erfolgt in der Lehre von der bonae fidei possessio). — L. 32 D. de procurat. Welcher unter mehreren Proceßprocuratoren zuerst sein Recht ausübt, kann von dem Andern nicht mehr verdrängt werden. — Dasselbe gilt von dem Fall, wenn Mehrere zur Anstellung einer Theilungsklage gleich berechtigt sind (L. 13 D. de judic.). — Wenn ein Minderjähriger einem andern Minderjährigen Geld geliehen, und dieser es consumirt hat, so würde, wenn Jener seinen Anspruch auf Restitution durchsetzte, auch Dieser hinterher Restitution verlangen können, weil er durch den Ersatz einen positiven Vermögensverlust erleiden würde. Darum ist es natürlich, daß der Richter lieber die Sache in der Lage läßt, in welcher sie sich gleich anfangs befindet. Denn der Schuldner ist jetzt schon in der Lage, in welche er durch spätere Ausübung seines Restitutionsrechts gelangen würde (L. 11 § 6 D. de minorib.). — Ueber die Collision eigentlicher Privilegien ist hier folgendes zu sagen: Wenn ein exclusives Privilegium widerruflich ertheilt worden ist, so muß der Richter die gesetzliche Concession eines neuen jenes erste beschränkenden oder vernichtenden Privilegium als indirecten Widerruf desselben behandeln. Wenn aber ein Privilegium nicht auf Widerruf ertheilt worden ist, so muß der Richter ein widersprechendes jüngeres so lange als erschlichen behandeln (d. h. so lange annehmen, daß die ratio privilegii (die den Gesetzgeber motivirenden thatsächlichen Voraussetzungen) nicht vorhanden ist), bis das Gegentheil nachgewiesen. Wenn aber dieser Beweis geführt ist, so liegt eine wahre Collision vor, über welche die obigen Regeln gelten: Jeder muß sein Recht auszuüben suchen, und hat er das in irgend ei-

2) Durch gerichtliche Geltendmachung. Dasjenige unter den collidirenden Rechten, welches zuerst siegreich bis zum Erwerb der actio judicati durchgeführt ist, kann natürlich durch das andere nicht stärkere Recht nicht wieder unwirksam gemacht werden; vielmehr muß das Recht, dessen rechtliche Ausübung versäumt worden ist, wirkungslos bleiben *)

---

ner Weise gethan, so kann er von dem Andern nicht angegriffen werden. Wenn aber die beiden Rechte nach ihrem Inhalt in einem solchen Verhältniß zu einander stehen, daß die Ausübung des einen durch die Ausübung des andern absolut unmöglich gemacht wird, so kann der Richter ohne eine specielle (nicht juristische, sondern gesetzgeberische) Verfügung des Regenten nicht entscheiden. In diesem äußersten Falle läßt sich allerdings sagen „privilegiatus contra aeque privilegiatum jure suo non utitur", nur muß man diese Regel nach der oben gegebenen Interpretation nicht in der L. 11 § 6 D. de minorib. und L. 34. pr. eod. suchen.

*) Wenn zweien Gläubigern zur selbigen Zeit die nämliche Sache in solidum verpfändet worden ist (was immer bei einer separatim eodem tempore constituirten Hypothek der Fall ist, aber auch bei einer conjunctim geschehenen Verpfändung verabredet werden kann), so hat der Gläubiger, welcher zuerst seine Klage gegen den dritten Besitzer der Pfandsache durchführt, factisch den Vorzug vor dem, welcher dasselbe Recht geltend zu machen versäumt hat (L. 16 § 8 D. de pignorib.). — Wenn das peculium des filiusfamilias nicht ausreicht zur Befriedigung aller seiner Gläubiger, so hat der den Vorzug, welcher zuerst die actio de peculio durchgeführt hat, und braucht sich den Abzug der noch nicht durch das judicium de peculio entschiedenen Fordrungen nicht gefallen zu lassen. (L. 10 D. de pecul.. — quia in actione de peculio occupantis melior est conditio. Occupare autem videtur, non qui prior litem contestatus est, sed qui prior ad sententiam judicis pervenit). — Dasselbe gilt von der actio de in rem verso (L. 3 § 10. L. 4 D. de in rem vers.), und von den actiones noxales (L. 14 pr. D. de noxalib. action. — ei itaque debetur, non qui prior egit, sed qui prior ad sententiam pervenit, et ideo ei, qui postea vicerit, actionem denegari judicati). — Wenn zwei Subjecte in dem Recht, die nämliche ganze Sache oder deren ganzen Werth zu fordern, aus irgend einem Grunde (z. B. einem Vermächtniß) collidiren, so hat der, welcher durch gerichtliche Anhängigmachung der Klage das Wahlrecht wirklich schon ausgeübt hat, den Vorzug, und der Andere muß sich mit dem nichtgewählten Object begnügen (L. 33 in f. D. de legat. 1.).

Wenn ferner die juristische Lage des gemeinsamen Schuldners eine einseitige Benutzung der actio judicati nicht gestattet, was nämlich der Fall ist, wenn der formelle Concurs schon gegen ihn eröffnet worden, (weil dann par conditio omnium creditorum), so bleibt nichts übrig, als gegenseitige verhältnißmäßige Kürzung der Ansprüche, also theilweise Befriedigung aller Gläubiger, so weit das aus dem Vermögen des Schuldners geschehen kann *).

Das Wesen eines vollkommen begründeten Rechts fordert, daß, insoweit seinem juristischen Inhalt factisch Genüge geleistet werden kann, eine Geltendmachung und Befriedigung desselben in irgend einer Weise geschehen muß. Es wäre ein absoluter Widerspruch, wenn ein Recht, welches factisch wirksam seyn kann, doch wirkungslos bleiben, also als ein nicht wirkliches Recht sich erweisen müßte. Darum ist es falsch, wenn manche Juristen annehmen, bei einer Collision von Rechten, deren Befriedigung factisch möglich, könne es je dahin kommen, daß sie insgesammt unausgeübt bleiben müßten **).

---

*) L. 6 § 7 D. quae in fraud. credit. — qui vero post bona possessa debitum suum recepit, hunc in portionem vocandum, exaequandumque ceteris creditoribus: neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, cum jam par conditio omnium creditorum facta esset. Ebenso verhält es sich mit gleich starken privilegirten Fordrungen unter einander (L. 32 D. de reb. auct. jud. possidend.).

**) Wir setzen voraus, daß die Rechte beide vollkommen begründet, juristisch wirksam sind, schließen also ein solches Verhältniß des einen Rechts zum andern aus, wo durch jenes grade die juristische Unwirksamkeit dieses hervorgebracht, und seine rechtliche Nichtexistenz bewiesen wird (das Verhältniß des Exceptionsrechts zum an sich stricto jure begründeten Recht). Auch hier muß wiederholt werden, daß eine wahre Collision die gleiche juristische Stärke und Wirksamkeit der Rechte erfordert. Die Analogieen, welche man für die im Text angegebene Behauptung beigebracht hat, gehören zum größten Theil zu jenen nicht hierher zu ziehenden Fällen: z. B. das Compensationsrecht, welches eben die rechtliche Unwirksamkeit des ihm gegenüberstehenden Rechts erweist. Ebenso versteht sich, daß ein Betrug, als der Natur eines bonae fidei negotium widersprechend, wie er von einem Contrahenten ausgehend den anderen zur Rescission des Geschäfts berechtigt, so auch, wenn er von beiden Contrahenten ausgeht, nicht minder die rechtliche Unwirksamkeit des ganzen Geschäfts zur

Ein solcher juristischer Widerspruch verschiedener Rechte wäre nur möglich bei einem Widerspruch der Gesetze selbst, welcher durch theoretische Interpretation nicht gehoben werden könnte. Hier würde es aber doch des Richters Pflicht seyn, eine authentische Interpretation zu erwirken, wodurch eine solche ungereimte Collision beseitigt werden würde *). Dagegen drücken die oben über eine wahre Collision aufgestellten Sätze nur das nothwendige Resultat aus, daß die Ausübung eines begründeten rechtlich völlig wirksamen Rechts da ihre natürliche Gränze findet, wo factisch der ihm angehörige Inhalt sich nicht mehr vorfindet. So lange aber die Befriedigung eines collidirenden Rechts factisch möglich ist, muß sie geschehen, und giebt es, was übrigens nur selten vorkommen kann, kein anderes Auskunftsmittel, um zu bestimmen, welches der Rechte dahin gelangen werde, so muß das Loos entscheiden **).

---

Folge hat (z. B. wenn Beide einander über Art und Eigenschaften des Objects zu täuschen suchen) L. 34 § 3 L. 57 § 3 D. de contrah. emt. Der Grund ferner, weshalb zwei Personen, welche sich gegenseitig einen dolus vorzuwerfen haben, nicht die actio doli gegen einander gebrauchen können, liegt darin, daß die Voraussetzung des Gebrauchs dieser actio famosa, nämlich die völlige Integrität der Person, hier Beiden fehlt (L. 36. L. 11 § 1 D. de dol. mal.). Daß endlich auch der von Vielen angenommene Fall einer gleichzeitigen sich aufhebenden mora Mehrerer juristisch nicht existirt, ist in der Lehre von der mora zu beweisen. —

*) Von diesem Grundsatz ist schon oben bei der Frage über Collision von Privilegien Gebrauch gemacht worden. Denn Privilegien sind auch Gesetze, und sind mehrere der Art juristisch nicht mit einander zu vereinigen, so hat die entscheidende Verfügung des Regenten die Natur einer authentischen Interpretation.

**) Z. B. um ein judicium divisorium auszuführen, bedarf es einer Bestimmung der Partheirollen. Treten nun Beide mit ihren Anträgen gleichzeitig auf, so kann nur das Loos entscheiden. (L. 14 D. de judic.). — Wenn Mehreren eine bloß der Gattung nach bestimmte Sache legirt, und die Wahl (optio) der species überlassen ist, so bestimmt das Loos den, welcher die Wahl vorzunehmen, und den Andern für seinen Antheil in Geld zu entschädigen hat. (L. 3 pr. C. communia de legat.) — Vgl. L. 5 D. famil. hercisc.

## D. Von Concurrenz der Klagrechte.

Es soll hier das Verhältniß mehrerer demselben Kläger wider den nämlichen Beklagten zustehender Klagrechte untersucht werden. Die Absicht dieser Untersuchung ist, zu zeigen, wann das rechtliche Schicksal eines der Klagrechte einen juristischen Einfluß auf das andere ausübt, und wann dieses von den Modificationen jenes unberührt bleibt. Das erstere Verhältniß pflegt man die elective, das letztere die cumulative Klagenconcurrenz zu nennen. Gewöhnlich unterscheidet man noch als eine dritte Art eine successive Concurrenz; jedoch wird gezeigt werden, daß dieselbe nicht füglich jenen coordinirt werden kann. Um aber die Aufgabe schärfer zu bestimmen, muß erinnert werden, daß hier nicht gehandelt werden soll:

1) Von den Veränderungen, welche zwei einander widersprechende Rechte ihrer Natur nach dadurch erleiden, daß sie durch irgend einen juristischen Vorgang in demselben berechtigten Subject concurriren.*) Wir nämlich setzen voraus das Zusammentreffen wirklich begründeter Klagrechte, welche nach ihrer rechtlichen Natur an sich in demselben Subject neben einander bestehen können.

2) Auch ist hier nicht die Rede von Aufhebung eines begründeten Rechts durch irgend eine Art von Solution, welche einen wesentlichen Einfluß auf ein anderes denselben Gegenstand betreffendes Recht ausüben kann.**)

---

*) Z. B. proprietas und ususfructus an derselben Sache heben sich auf, wenn sie in demselben Subject zusammentreffen, und es entsteht volles Eigenthum.

**) Darum ist es falsch, wenn häufig in diese Lehre der concursus duarum causarum lucrativarum hineingezogen wird. Eine auf eine causa lucrativa gegründete Fordrung auf Leistung einer species, welche der Kläger schon aus einem andern lucrativen Titel hat, wird schon dadurch unwirksam (§ 6 J. de legat. L. 17 D. de obligat.). Es entscheidet hier das besondere juristische Verhältniß der mehreren Rechte an sich, und es kömmt darbei gar nicht in Frage, was uns ausschließlich beschäftigt, nämlich die rechtlichen Modificationen, welche ein Klagrecht als solches erleiden, und wodurch es für die Wirksamkeit eines anderen Klagrechts einflußreich werden kann.

3) Es wird hier ferner nicht behandelt die rein processualische Lehre von der Klagenhäufung (cumulatio actionum). Diese hat bloß die Vereinigung und den gemeinsamen processualischen Vortrag mehrerer Klagen, desselben Klägers oder verschiedener Kläger gegen denselben Beklagten oder mehrere Beklagte, in dem nämlichen Klaglibell zum Gegenstand. Sie untersucht nur die practisch juristische Zulässigkeit einer solchen Cumulation, und kümmert sich gar nicht um die hier vorliegende Frage über das materiell rechtliche Verhältniß der mehreren Klagrechte.

4) Endlich gehören hierher auch nicht die practischen Klugheitsregeln über vorsichtige und zweckgemäße Wahl eines unter mehreren Klagrechten. Für die Partheien und deren Sachwalter kann eine Belehrung darüber sehr förderlich seyn, welches Klagrecht in einem bestimmten Fall begründet sey, oder welche von mehreren gleich begründeten Klagen zu gebrauchen, am vortheilhaftesten sey, oder wie man sich zu benehmen habe, wenn es ungewiß ist, welches von mehreren Klagrechten in einem Fall wirklich begründet sey. *) Aber nichts von allem diesem paßt in die vorliegende Lehre.

Zuförderst ist nun die Frage: welche rechtlichen Veränderungen einer Klage sind es, deren Wirksamkeit sich über den Umfang der zunächst und speciell davon betroffenen Klage zu erstrecken vermag? Im Vorigen ist schon angedeutet worden, daß hier nur die juristischen Modificationen nicht eines Rechts an sich, sondern eines verletzten Rechts, also eines concret begründeten Klagrechts als solchen gemeint sind. Die nach heutigem Recht hier in Betracht kommenden Veränderungen einer Klage sind daher:

1) Die Verwandlung derselben in res judicata. Das definitive rechtskräftige Urtheil giebt dem Recht, welches Inhalt

---

*) Hierher gehört die Warnung, in einem solchen Fall lieber beide Klagen zugleich, aber alternativ zu gebrauchen, und nur darauf bezieht sich L. 1 § 4 D. quod legator. — quemadmodum solemus facere, quotiens incertum est, quae potius actio teneat. nam duas dictamus, protestati, ex altera nos velle consequi, quod nos contingit.

desselben ist, eine andere Natur. Die siegreiche Klage hört nun auf, bloßes Klagrecht zu seyn, und es entsteht eine neue Fordrung, welche ihren Grund und ihre Kraft jetzt lediglich in der res judicata hat. Nicht minder aber hört auch die rechtskräftig aberkannte und zurückgewiesene Klage auf, concret begründetes Klagrecht zu seyn, und kann nun von dem angeblich Verpflichteten durch die bloße Berufung auf die res judicata stets unwirksam gemacht werden.

2) Der Verzicht des Berechtigten auf die Durchführung der Klage. Die privatrechtliche Natur des Klagrechts giebt dem Vertrage, worin der Verzicht ausgesprochen, bindende Kraft. Die exceptio pacti macht das an sich begründete Klagrecht für immer wirkungslos. *)

---

*) In dieselbe Kategorie gehört nach römischem Recht auch die exceptio jurisjurandi des persönlich oder dinglich Verpflichteten, welcher den ihm über die Nichtexistenz seiner Verbindlichkeit deferirten außergerichtlichen Eid geschworen hat (§ 4 J. de except.). Dieser Eid nämlich, den die deutsche gemeine Praxis nicht mehr kennt, beruht auf einem renunciativen Vertrage der Partheien. Hieraus rechtfertigt es sich von selbst, wenn wir weiterhin von den über diese exceptio redenden Stellen des tit. D. de jurejur. häufig Gebrauch machen. — Auch die confessio injure könnte man nach römischem Recht in diese Lehre ziehen wollen. Sie hatte nämlich völlig die Kraft einer res judicata. (L. 1 D. de confessis). Allein es ist zu beachten, daß sie nur in einem Zugestehen des gerichtlich behaupteten Klagrechts als solchen, ohne Erklärung über die ihm zum Grunde liegenden thatsächlichen Momente, bestand (z. B. Stichum vel fundum dare se oportere; fundum actoris esse). Im älteren sowohl, als im neuesten justinianeischen Proceß war noch die Angabe des bloßen rechtlichen Anspruchs von dem Vortrag der ihn begründenden historischen Facta getrennt (vgl. S. 254). Die confessio in jure war nun bloß eine bejahende Antwort auf jenen ersten Klagantrag, und es kam dann natürlich zu keiner weiteren Verhandlung. Sie konnte also nur so abstract gefaßt seyn, wie der Klagantrag selbst in jenem Stadium des Processes nur generell die Behauptung des Rechts und der dasselbe gesetzlich begründenden Momente enthielt. Hieraus folgt aber, daß eine Beziehung dieser confessio auf ein anderes, als das in diesem Proceß speciell behauptete Klagrecht, ganz unmöglich war. Anders ist dies bei einer res judicata, welche, wie sich ergeben wird, einer Interpretation ex aequitate, also einer Beziehung auf einen nicht ausdrücklich in dem Urtheil angegebenen Inhalt fähig ist.

Nun ist die weitere Frage: wie ist es möglich, daß eine jener juristischen Veränderungen eines Klagrechts eine davon verschiedene Klage desselben Subjects afficiren kann? Es ist einleuchtend, daß, wenn in einem Recht der Grundsatz herrscht, daß die res judicata nur über Existenz oder Nichtexistenz des bestrittenen Rechtsanspruchs urtheilt, also abstract nur dieser Anspruch den Inhalt des Urtheils ausmacht, oder wenn überhaupt das Urtheil nicht die Gründe seiner Anerkennung oder Verwerfung des Rechts ausspricht, also nicht speciell sagt, was es eigentlich anerkennt oder verwirft — ein Einfluß eines solchen Judicats auf ein anderes Klagrecht desselben Subjects gegen denselben Beklagten unmöglich ist. Denn wenn nach der Voraussetzung dies wirklich ein anderes Klagrecht ist, d. h. im Ganzen andere Erfordernisse oder Wirkungen hat, so mangeln dem Richter durchaus alle Kriterien, woran er bei dieser äußeren Verschiedenheit dennoch eine innere wesentliche Uebereinstimmung desselben mit dem judicirten Klaganspruch erkennen könnte. Dagegen muß eben so klar die Möglichkeit einer so weit greifenden Wirksamkeit eines Judicats seyn, wenn

1) in einem Rechte sich das Dogma geltend macht, daß die concrete Beschaffenheit, der bestimmte Grund und Zweck eines Klagrechts den eigentlichen Inhalt des Urtheils ausmacht, und wenn

2) dies auch äußerlich darin wahrnehmbar wird, daß das Urtheil distinct die Gründe der Abweisung oder Anerkennung der Klage angiebt, mit andern Worten, daß es deutlich zu erkennen giebt, welche für die Durchsetzung der geltendgemachten Klage juristisch relevante Momente es sind, deren Mangel die Abweisung, deren Daseyn die Anerkennung des Anspruchs zur Folge habe.

Wenn nämlich gezeigt werden kann, daß ein günstig oder ungünstig abgeurtheiltes Klagrecht in solchen wesentlichen Merkmalen mit einem anderen Klagrecht desselben Subjects wider denselben Gegner übereinstimmt, welche grade den Grund, also den eigentlich wesentlichen Inhalt jenes Judicats ausmachten, so versteht sich von selbst, daß diese res judicata das nicht ausdrücklich genannte Klagrecht stillschweigends mit=

betrifft. Das Urtheil wird hier nicht strict gefaßt, sondern nach seinem Geist interpretirt, und auf einen zwar nicht speciell ausgedrückten, aber doch gemeinten Inhalt bezogen. In derselben Weise wird der Vertrag behandelt, durch welchen Jemand seine rechtlich begründete Klage fallen läßt. Es kommt also darauf an, die Möglichkeit einer wesentlichen Identität an sich verschiedener Klagrechte nachzuweisen. Um aber dahin zu gelangen, bedarf es mancher dogmatischer und historischer Vorerörterungen, welche jetzt zunächst folgen sollen.

Jede actio wird durch ihren Grund, ihren Zweck und ihre Subjecte individualisirt. Die Untersuchung über die Identität der Subjecte (d. h. wie zwei äußerlich verschiedene Subjecte doch juristisch eins seyn können) ist hier, wo es nach der Voraussetzung sich um mehrere Klagrechte des nämlichen Subjects gegen den nämlichen Beklagten handelt, ausgeschlossen *). Grund eines Klagrechts ist stets eine historische Thatsache, ein wirklich geschehenes Factum, oder eine Mehrheit solcher Thatsachen, welche gesetzlich eine auf eine bestimmte Wirkung gerichtete Klage zur Folge haben. Die Einheit der wirklichen Thatsache und ihrer gesetzlichen Qualification, ihrer juristischen Relevanz für die speciell geltendgemachte Wirkung machen den Grund der actio aus. Die natürliche Thatsache für sich ist juristisch ohne Bedeutung, und ebenso die abstracte im Gesetz bezeichnete ratio actionis für sich wesenlos. Die Theorie muß bei ihrer Unterscheidung verschiedener Klaggründe sich stets gegenwärtig halten, daß es in der Wirklichkeit immer nur einen Grund einer Klage giebt. Aber die theoretische Reflection kann, um diesen Begriff zu verdeutlichen, solche Unterschiede machen. Darum soll auch hier zunächst zwischen Rechtsgrund und historischem Grund einer Klage unterschieden werden. Der Rechtsgrund ist die gesetzliche Voraussetzung einer Klage, der Inbegriff solcher factischen Momente, welche nach der Vorstellung und dem Willen

*) Die Lehre von der res judicata wird davon handeln. Die wichtigsten Grundsätze dieser Lehre müssen aber schon hier vorausgenommen werden, weil die Frage über die Concurrenz der Klagrechte nur dadurch ihre vollständige Erledigung bekommen kann. Die Einheit der Lehre wird der weit höheren Rücksicht auf zweckmäßige Anwendung und tieferes Verständniß ihrer Grundsätze geopfert.

des Gesetzgebers das Klagrecht nothwendig zur Folge haben sollen, also der Inbegriff der Merkmale, welche seinen juristischen Begriff constituiren. Der Rechtsgrund einer Klage giebt ihr ihre abstract juristische Individualität, setzt die Theorie in den Stand, sie von anderen Klagen zu unterscheiden, und veranlaßt auch regelmäßig, sie mit einem besonderen Namen zu belegen. Dieser juristische Thatbestand ist es, welchen der Richter, welcher in einer bestimmten Rechtssache urtheilen soll, zunächst kennen muß. Den Rechtsgrund kann man nun aber ferner theilen in den allgemeinen und besonderen. Jener bezeichnet generell (d. h. der Art nach) das Recht oder Rechtsverhältniß, welches Grund der Klage ist, und durch sie geltend gemacht werden soll. Dieser dagegen ist der Grund des Grundes, bezeichnet die besonderen juristischen Voraussetzungen, welche für die Entstehung eines Rechts oder einer Pflicht stets nothwendig sind, und wodurch es erst möglich wird, ein Rechtsverhältniß concret von anderen ähnlichen juristisch zu unterscheiden *) Nun versteht es sich auch hier, daß keiner dieser Gründe in der Wirklichkeit für sich allein vorkommt; aber dennoch ist die genaue Unterscheidung historisch und dog-

*) Wo im älteren römischen Proceß die formula eine geschiedene intentio und demonstratio befaßte, da enthielt jene eben die ganz abstracte Behauptung der Pflicht oder des Rechts (z. B. dare oportere (persönliche Pflicht zur Leistung, also anderseits persönliches Recht), fundum ejus esse (Eigenthum)), letztere dagegen die Angabe und Behauptung der die Pflicht und das Recht gesetzlich motivirenden thatsächlichen Momente (Gaj. IV. 40. 41). Bei den actiones in factum conceptae kam bloß eine demonstratio vor, worunter nicht etwa eine Geschichtserzählung im heutigen processualischen Sinn zu verstehen, sondern die Angabe des speciellen Rechtsgrundes, nämlich der factischen Voraussetzungen, an welche sich hier unmittelbar die condemnatio d. h. der Auftrag des Magistrats an den Privatrichter, in dieser bestimmten Sache zu judiciren, schloß. Solche actiones in factum waren neu eingeführte Klagen, welche außer der festen Sphäre des bis dahin bekannten und geltenden jus standen, folglich eine juris intentio d. h. die Behauptung eines Rechts im bisher angenommenen Sinn (eines dare oportere u. s. w.) nicht enthalten konnten. Der condemnatorische Theil der Formel verpflichtete den Richter, die ihm in judicio erzählten Thatsachen mit dem in der demonstratio enthaltenen speciellen Rechtsgrund zu vergleichen, und darnach zu entscheiden (Gaj. IV. 46).

matisch von Wichtigkeit. Endlich kann man unter den juristischen Voraussetzungen einer Klage diejenigen ausscheiden, welche zwar nicht die Klage als solche fundiren, von denen aber doch die Berechtigung des Subjects, von einer begründeten Klage wider einen bestimmten Gegner Gebrauch zu machen, abhängt. Diese jetzt s. g. **legitimatio ad causam** ist daher freilich nicht Rechtsgrund des juristischen Anspruchs als solchen, aber doch juristischer Grund der in einem bestimmten Fall zu beurtheilenden streitigen Rechtssache, diese als ein Ganzes genommen. Auch kommt sie nur selten vor, weil regelmäßig der specielle Rechtsgrund schon die juristische Befähigung des Subjects zum Gebrauch der Klage ergiebt. — Der Rechtsgrund einer Klage ist aber immer nur ihre abstracte juristische Voraussetzung. Der Richter, welcher einen bestimmten Fall entscheiden soll, stellt immer die Frage, ob dieser abstracte Grund auch concret wirklich ist, ob Thatsachen ihm vorliegen, welche dem juristischen Begriff des behaupteten Klagrechts entsprechen. Der historische Klaggrund ist nun die äußere Begebenheit, die Handlung, das wirkliche Ereigniß, oder eine Mehrheit solcher nach Zeit, Ort u. s. w. bestimmter Thatsachen, welche concret grade dasselbe sind, was abstract im Gesetz der Rechtsgrund. Der historische Klaggrund ist also nichts anderes, als concreter d. h. verwirklichter Rechtsgrund, besondere Anwendung der gesetzlichen **ratio**, und das Klagrecht dadurch erst wirklich begründete **actio**. Der Richter, welcher den Rechtsgrund kennt, untersucht, ob die ihm von einer Parthei (in der s. g. Geschichtserzählung) vorgetragenen Facta unter denselben subsumirt werden können, und findet er dann eine wesentliche Einheit Beider, also die juristische Relevanz der natürlichen Thatsachen, so gilt ihm **actio** als **fundata**.

Macht nun die Einheit des Rechtsgrundes und historischen Grundes die Identität einer Klage aus, so wird begreiflich:

1) Daß eine der Gattung nach ganz und gar gleiche Klage (**eadem actio, idem judicii genus**, weil sie die nämliche juristische **ratio** hat) doch in der Wirklichkeit verschieden seyn kann, so daß wirklich zwei Klagrechte vorliegen, nämlich dann, wenn der historische Grund nicht derselbe ist.

2) Daß zwei juristisch im Ganzen verschiedene Klagrechte doch in einem solchen Zusammenhang stehen können, daß die durch rechtskräftiges Urtheil oder Vertrag hervorgebrachte Modification des einen zugleich auch das andere afficirt. Es ist nämlich möglich, daß zwei Klagrechte trotz ihrer übrigen Verschiedenheit doch in einem wesentlichen Moment übereinstimmen, und zugleich die nämliche historische diesem juristischen Merkmal entsprechende Thatsache beiden Klagrechten zum Grunde liegt. Dann wird die durch eine res judicata hervorgebrachte objective Gewißheit, daß grade dieses wesentliche Moment fehlt oder vorhanden ist, nothwendig einen Einfluß auf beide zugleich äußern, wenn jener Ausspruch auch ausdrücklich nur für die eine processualisch schon geltend gemachte Klage erfolgt ist. Es giebt also eine concrete Identität juristisch verschiedener Klagrechte, und hierauf gründet sich zunächst die Lehre von der Klagenconcurrenz.

Ein ferneres über die Identität oder Verschiedenheit von Klagen entscheidendes Moment bildet ihr practischer Zweck, ihr Object. Auch hier kann man die gesetzliche Wirkung einer Klage und das ihr entsprechende thatsächlich wirkliche Object unterscheiden. Aber auch hier kommt nur die Einheit des factischen Objects und der gesetzlich bestimmten Wirkung in Betracht, d. h. nur die concrete Gleichheit des bestimmten gesetzlich realisirbaren Objects entscheidet, insofern darnach die Identität oder Verschiedenheit von Klagrechten beurtheilt werden soll.

Nach dem bisherigen Deductionen fassen wir nun den herrschenden Grundsatz über die Klagconcurrenz vorläufig folgendermaßen:

Wenn eine Klage auf die nämliche wirkliche Thatsache gegründet wird, welche schon einmal in einer, eine andere Klage betreffenden, günstigen oder ungünstigen res judicata abgeurtheilt worden ist, und zugleich in beiden Fällen der nämliche practische Zweck (direct oder implicite) verfolgt wird, so steht ihr die exceptio rei judicatae entgegen. Das Nämliche gilt von dem Verhältniß einer Klage zu einer anderen, welche der Berechtigte vertragsmäßig hat fallen lassen; hier steht ihr

die exceptio pacti entgegen *). Betrachtet man nun das juristische Verhältniß solcher Klagrechte zu einander, bevor noch eins derselben wirklich geltend gemacht worden ist, so kann man das eine elective Concurrenz derselben nennen; nur eines kann geltend gemacht werden, denn beide sind hier eben eins. Wenn dagegen eine Verschiedenheit nach Grund oder Zweck zwischen mehreren Klagrechten obwaltet, so können sie insgesammt neben oder nach einander geltend gemacht werden (cumulative Concurrenz). Denn der totale Inhalt, der Zusammenhang aller einzelnen Puncte des Urtheils kommt hier in Betracht, d. h. die res judicata beurtheilt den Grund nicht für sich, sondern im Zusammenhang mit der bestimmten durch die Klage geforderten Wirkung. Ist also der Grund mehrerer

*) L. 12—14 pr. D, de except. rei jud. Cum quaeritur, haec exceptio noceat, necne? inspiciendum est, an idem corpus sit, quantitas eadem, idem jus, et an eadem causa petendi et eadem conditio personarum: quae nisi omnia concurrunt, alia res est —. Die Worte „idem corpus, eadem quantitas, idem jus" beziehen sich auf die Identität des factischen Objects, und bezeichnen nur verschiedene Arten: corpus ist res ipsa d. i. die Substanz einer individuell in Betracht kommenden Sache; jus ist ein etwas unbeholfener Ausdruck für jede rechtlich mögliche Behandlung und Benutzung einer species, ohne an dem corpus selbst ein Recht zu haben; quantitas geht auf Sachen, die nicht individuell, sondern bloß nach der Summe oder Quantität Gegenstand von Rechten sind. Causa petendi ist der concrete Rechtsgrund der Klage. L. 27 D. eod. Cum de hoc, an eadem res est, quaeritur, haec spectanda sunt: personae, id ipsum, de quo agitur, causa proxima actionis —. Hier ist noch bestimmter der concrete Grund einer Klage durch proxima causa bezeichnet. Man kann dann mit manchen neueren Juristen den bloßen Rechtsgrund für sich nicht unpassend causa remota oder fundamentum agendi remotum nennen. In derselben Stelle heißt es weiter „nec jam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset. perinde ac si quis, posteaquam contra eum judicatum esset, nova instrumenta causae suae reperisset" d. h. es ist für die vorliegende Frage gleichgültig, wie Jemand zu dem Glauben veranlaßt worden ist, daß seine Klage thatsächlich begründet sey. Denn die Beweisgründe für die Wahrheit dieser Thatsachen entscheiden hier gar nicht. Es kommt nur darauf an, daß das Urtheil sich über die Existenz oder Nichtexistenz der causa ausspricht. — L. 27 § 4 D. de pact. — ante omnia enim animadvertendum est, ne conventio in alia re facta aut cum alia persona in alia re aliave persona noceat.

Klagen der nämliche, ihr Zweck aber ein verschiedener, oder umgekehrt, so liegt in beiden Fällen eine verschiedene Rechtssache vor, und das Judicat über die eine Sache hat dann keinen Einfluß auf die andere.

Wie schon oben angedeutet worden, setzen wir bei unserer Untersuchung die juristische Gültigkeit des Grundsatzes voraus, daß das richterliche Urtheil nach seinem Geist und nicht nach dem bloßen Wortinhalt behandelt werden darf, ferner, was sich hieraus von selbst ergiebt, daß die Fassung des Urtheils die Möglichkeit einer solchen freien juristischen Behandlung gestattet, und endlich, daß die Einrichtung des processualischen Verfahrens nicht eine stricte und einseitige Fassung des Urtheils nothwendig macht. Im heutigen Recht sind nun diese Voraussetzungen wirklich vollständig vorhanden. Aber nicht immer war das so. Es gab eine Zeit, wo im römischen Staat in allen angegebenen Beziehungen die entgegengesetzten Grundsätze galten, und ein späteres Zeitalter, wo das heutzutage entschieden geltende Dogma sich erst durchkämpfen mußte. Wir werden diese Veränderungen kürzlich betrachten, um die Einsicht in das heutige Wesen der Sache dadurch zu erleichtern. Eine wahre historische Anschauung betrachtet das stricte Recht der römischen Republik nicht als eine vereinzelte Erscheinung, als einen zufällig in dieser oder jener Sphäre des Rechts gültigen Grundsatz, der im Uebrigen mit dem Wesen des Volks nur im untergeordneten Zusammenhang gestanden, sondern als den wahren und vollen Ausdruck des republikanischen Characters der römischen Nation im Gebiet des Rechts, welcher durchaus alle Institutionen des Rechts durchdrang und beherrschte *). In diesem Sinn muß auch der ältere römische Formularproceß aufgefaßt werden. So wie der Wille

---

*) Die rechtsgeschichtlichen Anführungen, welche hier folgen, können an diesem Ort nicht Ausführungen seyn. Es handelt sich hier nur um den Geist der Sache, nicht um die einzelnen Data. Auch vergesse man nicht, daß wir eine rechtsgeschichtliche Vorbildung und Orientirtheit in den bekannten hierher gehörigen Sachen voraussetzen. Darum unterlassen wir es auch, für jeden folgenden Satz die Quellenbelege zu allegiren, welche Jedem anderswoher bekannt seyn oder werden können.

der streitenden patresfamilias die Person des judex bestimmte, welcher über ihre Rechtsansprüche entscheiden sollte, so fixirten sie auch durch ihre gegenseitigen Rechtsbehauptungen vor dem Magistrat das Object, worüber sein Urtheil sich aussprechen sollte. Das edere actionem *) war nämlich nichts anderes, als die bloße Rechtsbehauptung, regelmäßig auch mit Angabe der speciellen juristischen Gründe des Rechts verbunden; das postulare actionem s. formulam die Aufforderung an den Magistrat, den von den Partheien angegebenen Streitgegenstand zusammenzufassen und in eine präcise Form des Ausdrucks zu bringen (formulam concipere), um dann darüber von dem Privatrichter judiciren zu lassen (judicari jubere). Der Magistrat hatte nur die untergeordnete Function, jene Anträge anzuhören, zu formiren, und dem von den Partheien angenommenen judex die potestas judicandi zu geben. Dasjenige aber, was wir heutzutage die Geschichtserzählung nennen, der Vortrag der historischen Thatsachen, welche den concreten Grund des jedesmaligen Streits bildeten, und die Verhandlungen darüber, kamen in jure d. h. vor dem Magistrat noch gar nicht vor. Das so nach dem ausdrücklichen Verlangen und den Angaben der Partheien über die actio constituirte judicium machte die Basis des künftigen richterlichen Urtheils aus; diese res in judicium deducta war das Object worüber einzig und allein die Entscheidung des Richters sich aussprechen konnte, aber auch mußte **). Nach diesem Dogma des strictum jus wurde die actio, welche einmal In-

*) L. 1 pr. D. de edendo. Qua quisque actione agere volet, eam edere debet. nam aequissimum videtur, eum, qui acturus est, edere actionem, ut proinde sciat reus, utrum cedere an contendere ultra debeat, et si contendendum putat, veniat instructus ad agendum, cognita actione, qua conveniatur.

**) Es gab nämlich damals noch keine judicia absolutoria, d. h. die spätere freiwillige Leistung hatte keinen Einfluß auf den durch das judicium acceptum einmal fixirten Stand der Rechtssache, und hatte kein absolutorisches Erkenntniß zur Folge. Ebensowenig konnte damals eine durch Aufforderung des judex (arbitrium s. jussus de restituendo, exhibendo, solvendo) provocirte Leistung, und eine darauf gegründete Absolution des Beklagten vorkommen. Es gab noch keine actiones arbitrariae.

halt eines acceptirten und constituirten Judicium geworden war, dadurch völlig, d. h. nach ihrem ganzen gegenwärtigen und zukünftigen Inhalt und nach allen ihren Gründen vernichtet (actio consumta). Sie konnte später nie mehr gebraucht werden, und es blieb dem Kläger nun nichts mehr übrig, als das Judicat zu erwarten, obwohl er freilich nach demselben stricten Grundsatz jede andere actio ungehindert geltend machen konnte. Im Zeitalter der sinkenden Republik und beginnenden Monarchie beruhte die Entwicklung, wie überall, so auch in diesem Rechtsgebiet auf dem Kampf jenes alten Grundsatzes mit dem neueren Geist der aequitas und bona fides. Auch hier war ihr Verhältniß dieses, daß jenes stricte Princip noch immer die Grundlage bildete, und vom Richter immer zur Anwendung gebracht werden mußte, wenn nicht die streitende Parthei von den Mitteln, welche das neuere Recht zur Vermeidung der Consequenzen des alten Grundsatzes ihr bot, Gebrauch machte, was aber natürlich in der damaligen Praxis selten versäumt ward. Da nämlich

1) nach jenem alten Grundsatz die einmal in Streit gezogene actio ganz consumirt wurde, so konnte es sich ereignen, daß der detaillirte Vortrag der der Klage zum Grunde liegenden Facta zeigte, daß es gar nicht der Wille des Klägers sey, jetzt schon allen möglichen Inhalt seines Rechts zu verfolgen, oder jeden möglichen Grund des Rechts geltend zu machen. Das streng auf den Inhalt des constituirten Judicium gebaute Urtheil konnte also in directen Widerspruch mit dem wahren Willen der streitenden Parthei gerathen. Diesen Widerspruch zu vermeiden, und ihren concreten Willen geltend zu machen, standen ihr jetzt mancherlei Mittel zu Gebot. So konnte sie sich helfen durch eine praescriptio d. h. eine in die schriftliche formula aufgenommene Vorbemerkung, daß sie z. B. nur die wirklich fällige Leistung verfolgen wolle *). Sie konnte bei Verfolgung eines dinglichen Rechts den besonderen Rechtsgrund, worauf sie ihren Anspruch stützen wollte, anführen, und dessen Aufnahme in die Formel bewirken (expressa causa agere **)) u. s. w.

*) Gaj. IV. 131.

**) L. 14 § 2 D. de except. rei judic. — at cum in rem ago non

2) Da nach dem stricten Grundsatz **nur** die in judicium deducirte actio consumirt und Gegenstand der res judicata wurde, so konnte es jetzt geschehen, daß der nämliche Kläger wider denselben Beklagten später eine andere Klage, welche materiell mit der consumirten und judicirten ganz identisch war, gebrauchte, also wider den Geist des Judicats dennoch in anderer Form das durchsetzte, was er nach dem inneren Gehalt des Urtheils nicht mehr durchsetzen durfte. Hiergegen machte sich jetzt der Satz geltend, daß die Kraft der res judicata sich nicht mehr einseitig auf die res in judicium deducta erstrecken sollte, sondern auf dasjenige, was Object der quaestio judicis wurde, also auf die speciellen thatsächlichen juristisch relevanten Momente des Rechtsanspruchs und dessen bestimmtes factisches Object. Denn zur Sphäre der richterlichen Function gehörte es, diese Thatsachen mit der juristischen Voraussetzung der ihm in der formula bezeichneten Rechtsbehauptung zu vergleichen, ihre Relevanz (d. i. ihre juristische Wahrheit) zu prüfen, sich die Beweise ihrer historischen Wahrheit liefern zu lassen, und endlich das Urtheil auszusprechen. Den wahren Inhalt der res judicata bildete nun der vom Richter relevant befundene concrete Grund und Gegenstand des Klagrechts. Ward nun später unter den nämlichen Partheien irgend ein Recht streitig, welches nach seinem Grund und Object dem wesentlichen Inhalt jenes Urtheils widersprach, so konnte der Gegner die an sich (d. h. nach ihrer **juristischen** Voraussetzung) begründete Klage durch Berufung auf jene Entscheidung unwirksam machen. Dies ist die ursprüngliche Entstehung der exceptio rei judicatae, welche auf dem Grundsatz beruht „exceptionem rei judicatae obstare, quotiens **eadem quaestio** inter easdem personas revocatur *).

---

expressa causa, ex qua rem meam esse dico: **omnes** causae una petitione adprehenduntur. neque enim amplius, quam semel, res mea esse potest —.

*) L. 3 D. de except. rei jud. L. 5 D. eod. De eadem re agere videtur et qui non eadem actione agat, qua ab initio agebat, sed etiam si alia experiatur, de eadem tamen re — caeterum cum quis

Auch im Justinianeischen Recht ist noch jener oben characterisirte ächt römische Zug wahrnehmbar. Auch hier erkennt man noch die formelle Gültigkeit (aber eben darum practische Unbedeutendheit) jenes Consumtionsprincips, und die ihm entsprechende Theilung des processualischen Verfahrens in die bloßen Rechtsbehauptungen der Partheien, und in die Verhandlungen über die factische Grundlage des Streits. Nur die Theilung der Functionen der Behörde in jus (Function des Magistrats) und judicium (Function des Privatrichters) war verschwunden, und mit ihr die formula, weil jetzt eine und dieselbe Person die Einleitung des Processes hatte und das Urtheil sprach, mithin einer juristischen Instruction nicht mehr bedurfte. Den Anfang des Processes machte jetzt die Einreichung der Klagschrift (libellus conventionis) bei dem Gericht mit der Bitte (postulatio), dieselbe dem Beklagten (durch den executor des Gerichts) zu übersenden (transmittere), und ihn vorzuladen *). Dieser Libell brauchte nichts weiter zu enthalten, als die generellste Behauptung des Rechts und eine Bezeichnung des Gegenstandes der geforderten Leistung **). Hierauf folgte ein mündlicher Termin vor dem Richter, wo der Kläger seine Rechtsbehauptung mit Angabe

---

actionem mutat et experitur, dummodo de eadem re experiatur, etsi diverso genere actionis, quam instituit, videtur de ea re agere. L. 7 § 4 eod. Et generaliter exceptio rei judicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur vel alio genere judicii. — Dasselbe gilt vom deferirten und geschworenen außergerichtlichen Eid: L. 28 § 4 D. de jurejur. Exceptio jurisjurandi non tantum, si ea actione quis utatur,[1] cujus nomine exegit jusjurandum, opponi debet, sed etiam si alia, si modo eadem quaestio in hoc judicium deducatur. — Derselbe Satz ist endlich auch von dem Vertrag, wodurch Jemand ein ihm zustehendes Klagrecht aufgiebt, in umgekehrter Form ausgesprochen in L. 27 § 5 D. de pact.

*) L. 3 C. de praescript. 30 vel 40 — aut in judicio postulatione deposita fuerit subsecuta per executorem conventio —. L. 9 C. eod. — cum non similis sit, qui penitus ab initio tacuit, ei, qui et postulationem deposuit, et in judicium venit —.

**) L. 3 C. de annal. except. — sed qui obnoxium suum in judicium clamaverit, et libellum conventionis ei transmiserit, licet generaliter nullius causae mentionem habentem —. § 24 J. de actionib.

des besonderen Rechtsgrundes wiederholte, und der Beklagte hierauf diesen Rechtsanspruch entweder zugestand (dies war jetzt confessio in jure), oder auch schlechthin oder durch Anführung von Exceptionen bestritt. Hiernach erst begann der wirkliche Streit (lis. s. certamen)*), denn das Resultat dieser Proceßeinleitung war die Feststellung des bloßen Rechtspunctes, um den sich von da an der Streit drehte. Das Hauptmoment in jenem ersten Verfahren bildete also die Aeußerung des Klägers über die Art seines Rechtsanspruchs, und dies war nun edere s. exprimere actionem, editio generis actionis, welche theils in jenem Libell, theils in dem späteren Termin geschah**). Diese editio actionis mit der Entgegnung des Beklagten darauf war, was die Quellen narratio proposita et contradictio s. responsio objecta nennen.***), und was

---

*) Vgl. hierüber die Erklärung der L. un. C. de litiscontest. S. 272.

**) Dieses edere hat hier noch den nämlichen Zweck als im älteren Proceß (L. 1 pr. § 3 D. de edend.). Unterließ es der Kläger, bei actiones in rem die specielle causa anzuführen, so hatte dies auch jetzt noch den früheren Einfluß auf den Umfang der res judicata (L. 14 § 2 D. de except. rei jud.).

***) L. 14 § 1 C. de judic. Erst nach diesem Termin begann das eigentliche Geschäft der patroni causarum, die Verhandlungen über die rechtliche Relevanz der Thatsachen und die Beweisdeductionen. — Die L. 2 pr. C. de jurejur. propter calumn. sagt, daß die Partheien nicht eher zugelassen werden sollten, „in primordio litis exercere certamina," bevor sie post narrationem et responsionem den Calumnieneid geschworen hätten. Dies erklärt die L. 2 § 6 eod. noch näher so „quod si actor noluerit sacramentum calumniae subire, non liceat ei penitus ad litem pervenire, sed cadat ab instituta actione —." Also die eigentliche lis folgt erst auf jene narratio und responsio, und diese narratio ist eben nichts anderes, als instituta actio. Sehr genau werden auch die drei Momente des damaligen Processes unterschieden in L. 9 C. de praescript. 30 vel 40 — qui et postulationem deposuit, et in judicium venit (nämlich um durch Angabe seines Rechtsanspruchs exordium litis vorzubereiten), et subiit certamina, litem autem implere per quoisdam casus praepeditus est (d. h. ließ sich darauf auf die eigentlichen Streitverhandlungen ein, führte sie aber nicht durch). Vgl. L. 3 C. de pluspetit. — Man darf sich durch den Ausdruck „narratio" nicht verleiten lassen, dabei an einen Vortrag historischer Thatsachen zu denken, denn daß dieser Ausdruck hierfür nicht technisch war, beweist unter andern L. 3. C. de annal. except.,

den Anfang des Streits (exordium litis, inchoata lis) hervorrief. Denn nun erst folgten die Vorträge der factischen Momente (Geschichtserzählung), die Beweisführung, und die Verhandlungen über Beides, überhaupt Alles, was auch früher schon zur quaestio judicis gehörte, und die concrete Grundlage der res judicata ausmachte.

Im heutigen Recht ist nun auch in diesem Gebiet die aequitas völlig zur Herrschaft gelangt, und es erweist sich dies als das der Gegenwart eigenthümliche d. i. practische Recht dadurch, daß jene Spuren des ächt römischen Wesens jetzt gänzlich getilgt sind. Das Consumtionsprincip hat seine Gültigkeit ganz verloren, und mit ihm ist auch die Scheidung des processualischen Verfahrens in Ausmittelung des bloßen Rechtspuncts und in Verhandlungen über die factischen Momente des Streits weggefallen. Die wesentliche Einheit des historischen und des Rechtsgrundes ist jetzt anerkannt. Jener ist concret, was dieser abstract, es ist das Verhältniß des Aeußeren zu seinem Inneren, und in der gemeinen Praxis, welche durch die Bestimmungen des J. R. A. *) zuerst veranlaßt ist, haben die historischen Facta zwar nur eine Bedeutung durch ihre juristische Qualification, also durch ihre Beziehung auf den Rechtsgrund, als Ausdruck desselben, aber in dieser Eigenschaft stehen sie jetzt juristisch auch ganz ihm gleich: sie machen den wesentlichen Inhalt der Partheischriften aus, ihre ausdrückliche Hervorhebung und Angabe ist allein nothwendig, sie bilden den wesentlichen Inhalt des Urtheils, denn sie sind Entscheidungsgrund (innerlich und äußerlich), und endlich auch Erkenntnißgrund des Verhältnisses des abgeurtheilten Gegenstandes zu später erhobenen Ansprüchen desselben Klägers gegen denselben Beklagten. Eine ausdrückliche Angabe des Rechtsgrundes ist jetzt rechtlich, wenn auch nicht immer factisch überflüssig, mit andern Worten, der Kläger darf sie weglassen, wenn es auch häufig Cautel ist, das nicht zu thun. Die

---

wo „hujusmodi narratione contineri" vom libellus conventionis gesagt wird, welcher doch bekanntlich damals noch nichts dergleichen enthielt.

*) J. R. A. von 1654 § 34, wornach die Geschichtserzählung in die Klagschrift aufgenommen werden soll.

Arbeit des Richters ist schwieriger, wenn ihm gar kein Fingerzeig gegeben wird, und er darauf angewiesen ist, ganz selbstständig die concrete juristische Bedeutung der Thatsachen zu beurtheilen. Aber die aequitas des heutigen Rechts fordert, daß die (in der Anführung von Thatsachen liegende) stillschweigende Behauptung eines Rechts der ausdrücklichen Bezeichnung desselben gleichgeachtet werde *). Denn es versteht sich von selbst,

*) Dies ist die Regel, welche man gewöhnlich so auszudrücken pflegt: „heutzutage braucht der Name der Klage nicht mehr angeführt zu werden". Denn das Kennzeichen einer bestimmten Klage ist eben ihr allgemeiner und besonderer juristischer Grund. Die practische Herrschaft dieser Regel ist ausgemacht, und wir haben uns im Text bemüht, den Sinn dieser Praxis und ihre Uebereinstimmung mit dem Geist unsers Rechts überhaupt zu zeigen. Die Frage, vorher ursprünglich diese Praxis stamme, ist eine rein antiquarische Untersuchung. Das Bemühen, diese Praxis anzugreifen, weil man aus ihrer angeblichen Quelle nachweisen zu können glaubt, daß sie von Haus aus auf einem Widerstreit mit dem Gesetz beruhe, ist eine fruchtlose und verderbliche Abirrung der Theorie, welche im Gegentheil zur Aufgabe hat, den Sinn des herrschenden Rechts aufzuhellen. Es ist möglich, daß das C. 6 X de judic. (Provideatis attentius, ne ita subtiliter, sicut a multis fieri solet, cujusmodi actio intentetur, inquiratis, sed simpliciter et pure factum ipsum et rei veritatem secundum formam canonum et sanctorum Patrum instituta investigare curetis.), welches man für die Quelle hält, trotz seiner offenbar allgemeinen Fassung nur auf einen speciellen Fall sich bezieht. Dann aber beruht die Ausbreitung jener Praxis auf Usualinterpretation, deren Resultat als lebendes Recht geachtet werden muß. — Uebrigens geht aus jener Regel von selbst hervor, daß die Lehre des römischen Rechts von der causa expressa bei dinglichen Klagen, und dem Einfluß des Mangels dieser ausdrücklichen causa auf den Umfang der res judicata wesentlich römisch, daher unpractisch ist. Auch vor dem römischen Richter mußten bei einem Proceß über dingliche Rechte natürlich solche Facta angeführt werden, aus denen er auf die Existenz des speciellen Erwerbgrundes z. B. des Eigenthums schließen konnte, weil sonst eine Beweisführung ganz unmöglich gewesen wäre. Aber das hatte damals doch auf den Inhalt des Urtheils keinen Einfluß, wenn nicht zugleich jener specielle Rechtsgrund besonders ausgedrückt war, weil nach dem römischen Consumtionsprincip die einmal contestirte und in judicium deducirte actio die Grundlage des Urtheils wurde. Jetzt aber, da nach der obigen Regel der Vortrag der relevanten Thatsachen genügt, ist auch bei dinglichen Klagen der Einfluß des Mangels der Anführung einer speciellen juristischen causa auf den Inhalt der res judicata verschwunden.

daß der Kläger, wenn er die Thatsachen erzählt und dabei vom Richter ein auf eine bestimmt bezeichnete Wirkung gehendes Urtheil verlangt, jene Thatsachen als Ausdruck und Anwendung eines bestimmten Rechtsgrundes genommrn wissen will. Die Natur des heutigen Richteramts (vgl. S. 23 u. 33) verpflichtet dann den Richter, diesen Geist der thatsächlichen Behauptungen zu erkennen. Wer die Nothwendigkeit einer ausdrücklichen Bezeichnung des Rechtsgrundes behauptet, widerstreitet dem Wesen unseres Rechts, und hängt noch am strictum jus. Freilich kann er für diesen Schein des Rechts scheinbare Gründe anführen, nämlich, daß die bloßen Thatsachen vieldeutig und mannichfacher juristischer Auffassung fähig sind, wodurch eine Unsicherheit in der rechtlichen Beurtheilung hervorgebracht und dem Beklagten die Möglichkeit genommen werden könne, sich gehörig zu vertheidigen und passende Einreden zu wählen. Aber diese Bedenklichkeiten beseitigen sich leicht, wenn man erwägt, daß der Richter die Klage von selbst oder doch auf Erinnerung des Beklagten zurück weisen kann und muß, wenn

a) die vorgetragenen Thatsachen juristisch ganz irrelevant sind, d. h. unter gar kein geltendes Gesetz subsumirt werden können.

b) Wenn der Zusammenhang der erzählten Thatsachen mit dem Recht dunkel und schwankend ist. Hier kann allerdings dem Beklagten nicht zugemuthet werden, ins Ungewisse hin gegen alle möglichen actiones seine Einreden zu formiren, sondern es steht ihm zu, die, wie sie vorgebracht ist, unbestimmte und juristisch unschlüssige Klage als einen libellus obscurus von der Hand zu weisen, und es ist des Richters Pflicht, dieselbe, bis sie distincter und vollständiger factisch begründet worden, abzuweisen. Dieser Fall unterscheidet sich aber von dem ersteren (sub. litt. a.) dadurch, daß dort das Factum unter kein Gesetz, hier aber unbestimmt unter eine Menge von Gesetzen subsumirt werden kann, ohne daß es der individuellen ratio einer dieser Rechtsbestimmungen vollkommen entspricht. Der Grund der Unzulänglichkeit der Klage liegt hier darin, daß das Factum nicht hinrei-

chend genau auseinandergesetzt und zu oberflächlich dargestellt ist. Die Geschichtserzählung muß ein so vollkommner Ausdruck ihres juristischen Gehalts seyn, daß der Rechtskundige auch ohne ausdrückliche Weisung die actionis ratio in ihr zu erkennen vermag.

c) Wenn nach juristischen Grundsätzen kein Zusammenhang zwischen den vorgetragenen Thatsachen und der Sachbitte (dem s. g. Petitum) ist. Ein Fehler in dieser Conclusion muß nothwendig eine Abweisung nach sich ziehen. Der Kläger fordert hier etwas Andres, als er nach der juristischen Bedeutung des von ihm selbst vorgetragenen Factum aus demselben folgern und darum fordern kann. Thatsache und Sachbitte machen jetzt die feste unveränderliche Grundlage des Urtheils aus. Will der Kläger hierin eine Aenderung vornehmen, so muß er einen neuen Proceß anfangen.

Ganz anders ist es, wenn der Kläger seiner Geschichtserzählung eine Rechtsdeduction angefügt, und sich in der Anführung des Rechtsgrundes, der Benennung der Klage vergriffen hat. Der Irrthum des Klägers in dieser Conclusion ist kein Grund, seine Klage abzuweisen. Es ist ein Irrthum in der juristischen Auffassung des historischen Factum, und diesen kann und soll der Richter vermöge seines Amts verbessern, wenn nur das Factum an sich rechtlich relevant ist, und keiner der vorhin bezeichneten Fehler vorliegt *). Hier zeigt sich deutlich die tiefeingreifende Bedeutung jenes Satzes,

*) Beweist der Beklagte in einer rechtlichen Gegendeduction die Falschheit der vom Kläger versuchten juristischen Begründung seines Anspruchs, gesteht aber daneben schlechthin die Wahrheit der angeführten, vom Richter im Uebrigen relevant befundenen, Thatsachen, so hat er eine überflüssige, wenigstens für ihn unvortheilhafte Arbeit unternommen. Bringt er aber daneben Einreden vor, so kann jene Arbeit allerdings den reellen Zweck haben, dem Richter die Kraft und Relevanz dieser Einreden zu beweisen, weil dieselbe erst aus der Erkenntniß der wahren Natur der actio, gegen welche sie gerichtet sind, begriffen werden kann. Aber es ist einleuchtend, daß in beiden Fällen die Fehlerhaftigkeit der Rechtsdeduction des Klägers für das richterliche Urtheil gar nicht der entscheidende Punct ist.

daß auf die Anführung des Rechtsgrundes im heutigen Recht nichts ankommt, und daß der Vortrag der historischen Thatsachen und deren wirklich, wenn auch nur innerlich vorhandene juristische Relevanz allein entscheidet.

Die Resultate der Untersuchung sind nun:

Der ächt römische Grundsatz kennt einen juristisch wirksamen Unterschied zwischen der bloßen Rechtsbehauptung und dem historischen Grunde, nicht bloß in der Form des processualischen Verfahrens, sondern auch in Beziehung auf das Urtheil, denn den eigentlichen Inhalt desselben macht die Entscheidung über die Rechtsbehauptung aus, das Factum nur den Grund der Entscheidung. Das heutige Recht aber, welches die processualische Einheit der juristischen und factischen Behauptung anerkennt, unterscheidet auch nicht zwischen einem Grund und Inhalt des Urtheils, denn was man gewöhnlich „Entscheidungsgründe" nennt, ist eben der wahre concrete Inhalt, und die Condemnation oder Absolution sind nur der Ausspruch des aus ihm gefolgerten rechtlichen Resultats. Was entschieden ist, weiß man wahrhaft nur, wenn man jene s. g. Gründe kennt, und die gewöhnlich s. g. Entscheidung selbst giebt davon nur eine oberflächliche andeutende Kunde *). Heutzutage muß ein wirklich gerechtes Richterurtheil auf den individuellen Gehalt der Streitsache eingehen, und eine Entscheidung geben über die factische Existenz oder Nichtexistenz der juristischen Voraussetzungen, welche die Gültigkeit oder Wirksamkeit der von den Partheien geltendgemachten Rechtsansprüche bedingen, und wovon die Verurtheilung des Beklagten oder die Abweisung des Klägers nur eine selbstverständige Folge ist. Es giebt jetzt nicht bloß eine politische Räthlichkeit, sondern eine durch den Geist unse-

*) Dies ist unsere Antwort auf die Frage, ob heutzutage die Rechtskraft eines Urtheils sich auch auf die Entscheidungsgründe bezieht. Man erschwert sich freilich die richtige Antwort durch eine solche Fassung der Frage. Denn wären sie wirklich nur Entscheidungsgründe und nicht das Entschiedene, d. i. der eigentliche Inhalt des Urtheils selbst, so verstände sich von selbst, daß die Rechtskraft d. h. die Unabänderlichkeit eines Urtheils nicht auf sie gehen könnte. Jenes stricte römische Princip unterschied noch den Grund und den eigentlichen Inhalt des Urtheils, und konnte darum die Rechtskraft nur auf letzteren beziehen.

res gemeinen Rechts gebotene juristische Nothwendigkeit detaillirter Entscheidungsgründe. Der Richter muß sein Urtheil als ein gründlich erkanntes und demonstrables Resultat vorlegen, so daß die factische und juristische Individualität des abgeurtheilten Falles, die eigentlich judicirten Puncte erkannt werden können. Nur durch das genaueste Eingehen des Urtheils auf die speciellen Facta und deren rechtlichen Werth wird es den Partheien und dem Richter selbst möglich, die Identität oder Verschiedenheit des rechtskräftig entschiedenen Falles und später vorkommender Rechtsfälle einzusehen. Niemand ist im Stande, den Geist d. i. den wahren, wenn auch nicht unmittelbar sichtbaren, Umfang der res judicata zu ermessen, wenn nicht das Urtheil selbst genügende Anhaltspuncte dafür bietet *).

Nach den bisherigen Erörterungen kann nun durch nachfolgende Sätze die vorliegende Lehre näher so bestimmt werden:

Mehrere Klagen**) (gleichviel ob durch sie gleichnamige, also

---

*) Wir fordern Entscheidungsgründe, aber wir verkennen es nicht, daß in den Ländern des gemeinen Rechts bei dem jetzigen Stand der Dinge der Practiker nicht vollkommen dieser Fordrung genügen kann, da ihm nicht zugemuthet werden darf, selbst in dem Chaos der römischen unpractischen und der noch anwendbaren Bestimmungen, welche in dem Justinianeischen Corpus Juris durcheinander liegen, zurecht zu finden, und da die Wissenschaft und Theorie noch nicht eine völlige Scheidung dieser heterogenen Elemente getroffen haben. Soll der Richter tief eingehende und treffende Entscheidungsgründe geben, so muß er eine einfache Legislation haben, und eine kräftige selbstthätige Theorie ihm zur Seite stehen, welche ihm Anleitung giebt, den Geist der herrschenden Grundsätze zu begreifen. Dann erst kann sich zeigen, ob er seinem Amt wirklich gewachsen ist. (Vgl. die allgemeine Einleitung).

**) Beispiele: Jemand klagt mit der hereditatis petitio auf den Nachlaß eines impubes, und gründet sich darauf, daß er, weil das väterliche Testament rumpirt, mithin auch das Pupillartestament hinfällig sey, als nächster Verwandter des Verstorbenen ein Intestaterbrecht habe. Das Urtheil weist ihn aus dem Grunde ab, weil er nicht genügend dargethan, daß das väterliche Testament rumpirt sey. Darauf klagt er abermals mit der hereditatis petitio auf dasselbe Object, behauptet jetzt aber sein Recht aus dem Grunde, weil gar kein Pupillarsubstitut instituirt worden sey. Diese beiden Klagen sind wesentlich verschieden, und der letzteren steht die exceptio rei judicatae

zur nämlichen Gattung gehörige Klagrechte geltend gemacht werden oder nicht), welche sich auf verschiedene Thatsachen

---

nicht entgegen (L. 11 pr. D. de except. rei jud. Die römischen Juristen schwanken hier noch zwischen strictum jus und aequitas). Weist ihn das erste Urtheil deswegen ab, weil er nicht dargethan, daß er der nächste Verwandte sey, und er kann dann die spätere Klage durch die neue Thatsache, daß er durch den jetzt erfolgten Tod eines Andern wirklich der nächste Verwandte geworden, begründen, so sind das wiederum concret verschiedene Klagen, welche einander nicht im Wege stehen. (L. 25 pr. D. eod. Ueberhaupt wird immer durch eine (wenn auch gleichartige) causa superveniens, durch nova alia causa d. i. eine individuell verschiedene Thatsache die Klage eine verschiedene, so daß die exceptio rei judicatae ausgeschlossen ist L. 11 § 4 D. eod.) Wenn der Kläger dagegen mit der ersten Klage schon gesiegt hat, und dann aus einem andern historischen Grunde später dieselbe Klage auf dasselbe Object durchsetzen will, so kann er deswegen nicht durchdringen, weil er, wenn er auch noch so viele verschiedenartige Gründe beibringt, doch am Ende nichts weiter als sein ohnehin schon rechtskräftig anerkanntes Recht an demselben Object darthut. Er kann das nämliche dingliche Recht an dem nämlichen Object nur einmal zur Zeit haben (L. 14 § 2 D. eod.). Die gewöhnlich für jenen Satz angeführte Stelle L. 57 D. de reg. jur. (Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur) gehört freilich nicht hierher, indem sie offenbar von Aufhebung eines Rechts durch wirkliche Leistung seines (oder eines mit ihm materiell identischen Klagrechts) Inhaltes z. B. durch reelle Erfüllung des Judicats, handelt, nicht aber von dem Einfluß einer für den Kläger günstigen res judicata auf ein anderes wesentlich identisches Klagrecht desselben. — Wenn ferner (in dem obigen Beispiel) das Urtheil den Kläger deswegen zurückweist, weil er überhaupt nicht Blutsverwandter des Verstorbenen sey, so releviren die für die zweite Klage beigebrachten anderweitigen Gründe gar nichts. Die Gemeinsamkeit dieses einen entscheidenden präjudiciellen Momentes reicht hier hin, um die res judicata auch auf die zweite in dieser wesentlichen ratio mit der ersten übereinstimmende Klage zu beziehen, vorausgesetzt, daß der Kläger nicht in seiner zweiten Klage die behauptete Verwandschaft auf ein anderes historisches Factum (z. B. eine später wirklich eingegangene Ehe seiner Mutter mit dem Vater des Verstorbenen, wodurch er beweist, daß er ein Halbbruder desselben sey, wogegen er in der ersten Klage eine andere Art von Verwandschaft behauptete, oder auch die nämliche Verwandschaft durch ein anderes Factum z. B. eine schon früher eingegangene Ehe darzuthun suchte) gründet. — Tritt Jemand mit der hereditatis petitio gegen einen angeblichen Erbschaftsschuldner auf, und wird abgewiesen, so erstreckt sich diese res judicata auch auf die specielle Schuldklage

gründen, und (auch: oder) verschiedene practische Zwecke verfolgen, concurriren cumulativ, so daß die durch res judicata

---

desselben Klägers, wenn er hier sich auf dieselbe Thatsache z. B. das nämliche Darlehnsgeschäft beruft, und der Grund der Abweisung eben darin bestand, daß diese Darlehnsfordrung des Erblassers nicht nachgewiesen worden sey, oder wenn der Entscheidungsgrund im ersten Fall das mangelnde Erbrecht des Klägers war, indem die zweite Klage sich indirect ebenfalls hierauf stützt (als s. g. legitimatio ad causam des Klägers) L. 7 § 5 D. eod. (Der Gesichtspunct, welchen der Jurist in dieser Stelle hervorhebt, ist noch der römische des Consumtionsprincips: wer die hereditas fordert, fordert auch schon die nomina oder actiones, denn sie sind in der Einheit der hereditas begriffen. Wir dagegen sagen: er macht wohl sein Erbrecht d. h. sein Recht an der ganzen hereditas geltend, aber fordert doch von diesem Beklagten nur die bestimmte Sache oder Summe, und dasselbe concrete Object ist auch der Zweck der zweiten Klage, welche er auch wesentlich auf dasselbe Factum fundirt. Wir meinen, daß wegen dieser concreten thatsächlichen Identität die zweite Klage auch abgewiesen werden muß. Der römische Jurist gebraucht noch das Argument der Identität der Rechtsbehauptungen als solcher, und kommt dadurch zu dem nämlichen Resultat). — Ein Gläubiger tritt mit der actio mutui institoria auf, gründet diese Klage zunächst auf ein dem Institor des Beklagten gegebenes Darlehn, und näher darauf, daß der Institor das Geld grade zum Behuf des Geschäfts, dem er vorgesetzt worden, empfangen habe, woraus demnach hervorgehe, daß dies Darlehn in dem Umfang des institorischen Auftrags liege, und daß der Beklagte zur Rückzahlung verpflichtet sey. Er wird abgewiesen, weil es ihm nicht gelungen, jenen speciellen Zweck des Darlehns zu erhärten. Darauf klagt er mit der nämlichen Klage gegen denselben Beklagten auf Rückzahlung der nämlichen Summe, beruft sich jetzt aber darauf, daß der Institor speciell zur Contrahirung von Anleihen beauftragt worden. Hier steht ihm die exceptio rei judicatae nicht entgegen, denn obwohl in beiden Fällen derselbe Rechtsanspruch verfolgt wird, so sind es doch concret verschiedene Klagen (L. 13 pr. D. de instit. act. — licet consumpta est actio, nec amplius agere poterit, quasi pecuniis quoque mutuis accipiendis esset praepositus, tamen Julianus utilem ei actionem competere ait. Die actio soll nach Julians Meinung utilis werden durch eine dem Kläger zu verstattende replicatio gegen die ihm nach dem Consumtionsprincip opponirte exceptio rei judicatae. Das heutige Recht aber erkennt dieses stricte Princip nicht mehr an, also auch nicht die im vorliegenden Fall daraus hervorgehende exceptio rei judicatae, bedarf also jenes vom römischen Juristen angegebenen Umweges nicht mehr.). — Wer eine Prädialservitut zu haben behauptet, beruft sich auf eine Thatsache, wo-

oder Verzicht herbeigeführte Unwirksamkeit der einen Klage dem Gebrauch der anderen nicht im Wege steht. Wenn freilich der

---

durch er das Eigenthum an dem angeblichen praedium dominans erworben zu haben behauptet. (Diese Behauptung ist zur Durchsetzung dieser Klage nothwendig L. 1 § 1 D. communia praedior.). Ist nun in einem früheren Vindicationsstreit derselben Partheien dem Kläger das Eigenthum grade an diesem Grundstück abgesprochen worden, so steht, vorausgesetzt, daß er sich damals auf das nämliche Factum gründete, seiner jetzigen actio confessoria die exceptio rei judicatae entgegen. Es sind abstract verschiedene, aber concret identische Klagen, und darum die Beziehung der res judicata auf beide. — Der Käufer hat nach dem Aedilitischen Edict, und zwar unter gleichen juristischen Voraussetzungen, die actio redhibitoria auf Rescission des Geschäfts, und die actio quanti minoris auf verhältnißmäßige Minderung und Restitution des Kaufpreises nach dem Maaße des der Absicht des Kaufvertrages widerstreitenden geringeren Werths der verkauften Sache. Hiernach *scheint* der Zweck der beiden Klagen ein verschiedener zu seyn, ist es aber in Wirklichkeit nicht. Denn wenn sich ergiebt, daß die Sache dem Käufer ganz werthlos ist, so ist es sein, wenn auch nicht in der Klage ausgedrückter, so doch selbstverständiger Wille, daß ihm der ganze Preis, versteht sich nach seinerseits erfolgter Rücklieferung der Sache, restituirt, mithin das ganze Geschäft wirklich rückgängig gemacht werde, und es ist die Pflicht des judex bonae fidei, ein solches dem Geist des Vertrages und der Klage entsprechendes Urtheil zu fällen. Sind demnach die beiden Klagen nach Grund und Zweck materiell identisch, so müssen sie electiv concurriren (L. 25 § 1 D. de except. rei jud. — nam posterior actio etiam redhibitionem continet, si tale vitium in homine est, ut eum ob id actor empturus non fuerit: quare vere dicetur, eum, qui alterutra earum egerit, si altera postea agat, rei judicatae exceptione summoveri. L. 43 § 6 D. de aedilit. edict. — nam si adeo nullius sit pretii, ut ne expediat quidem tale mancipium domino habere, licet aestimatoria actum fuerit, *officio tamen judicis continebitur*, ut reddito mancipio pretium recipiatur.). — Eine elective Concurrenz kann auch zwischen der actio tributoria und actio de peculio Statt finden. Eine und dieselbe Thatsache kann beide Klagen begründen, nämlich die Hingabe eines Vermögens an den filiusfamilias zur selbständigen Verwaltung, insbesondere zur Betreibung eines Handelsgeschäfts, wodurch der paterfamilias sich tacite verpflichtet, für die in Beziehung auf dieses Vermögen contrahirten Schulden mit demselben zu haften. Der klagende Gläubiger kann nun die besondere Eigenschaft eines Theiles dieses Vermögens als einer merx peculiaris hervorheben, und dann eine specielle Befriedigung aus demselben (und zwar in gleicher Linie mit dem Vater,

Zweck beider Klagen wirklich, d. h. nicht bloß der Art nach, sondern individuell, der nämliche, und auch schon rechtskräftig

---

wenn dieser auch Fordrungen hat) verlangen, oder er kann diese besondere Eigenschaft unberücksichtigt lassen, und dann eine Befriedigung aus dem ganzen peculium (obwohl hier erst nach dem Vater) fordern (§ 5 J. quod cum eo, qui in alien. potest.). Hat er sich aber einmal für das eine oder andere entschieden, und dies bis zur res judicata durchgeführt, oder auch die Klage ganz fallen lassen, so versteht sich, daß er den nämlichen thatsächlichen Grund nicht noch einmal in der andern Rücksicht geltend machen kann. Ganz anders ist es natürlich, wenn beide Klagen auf verschiedene Thatsachen sich gründen (L. 9 § 1 D. de tribut. act. Eligere quis debet, qua actione experiatur, utrum de peculio, an tributoria, cum scit, sibi regressum ad aliam non futurum. Plane, si quis velit ex alia causa tributoria agere, ex alia causa de peculio, audiendus erit.). — Der Verpächter klagt gegen seinen Pächter auf Schadensersatz mit der actio locati, z. B. weil er contractswidrig auf dem Pachtgrundstück Bäume umgehauen. Er wird mit seiner Klage abgewiesen, und zwar aus dem Grunde, weil der Kläger den concreten Grund der Klage, das Hauen der Bäume, nicht hinreichend dargethan. Diese res judicata bezieht sich nun auf alle übrigen, wenn auch sonst noch so sehr verschiedenen, Klagen desselben Verpächters auf Ersatz, welche sich wesentlich auf jenes abgeurtheilte Factum gründen. Wegen Identität des Grundes und Zwecks wird er nun künftig z. B. mit der actio ex lege Aquilia, dem interdictum quod vi aut clam, oder der speciellen Klage e lege duodecim Tabularum de arboribus succisis abgewiesen werden müssen (L. 28 § 6 D. de jurejur. Die Stelle handelt eigentlich von dem Eid des Beklagten „se non succidisse", und dessen Einfluß auf andere Klagen). — Den nämlichen Fall, wo aus demselben Factum, z. B. einem an dem nämlichen Gegenstand verübten Delict, mehrere Klagen entspringen, behandeln auch L. 9 D. arbor. furt. caesar. L. 32 L. 34 pr. L. 53 pr. D. de obligat. et act. Die L. 32 l. l. (cum ex uno delicto plures nascuntur actiones, sicut evenit, cum arbores furtim caesae dicuntur, omnibus experiri permitti, post magnas varietates obtinuit.) berichtet, daß die römischen Juristen sich lange Zeit über die für einen solchen Fall eintretenden Grundsätze uneinig gewesen sind. Nach strengerem Princip mußte man behaupten: das Factum, welches schon einmal zur Begründung einer Klage gebraucht, und rechtskräftig beurtheilt worden, kann nicht abermals als Grund einer Klage benutzt werden. Die mildere Ansicht dagegen mußte hervorheben, daß es sich hier nicht einseitig um die Identität des factischen Grundes handeln, sondern um die allseitige Identität mehrerer Rechtsstreitigkeiten im Ganzen, und daß nur diese totale materielle Gleichheit den Ausschluß der späteren Klage zur Folge

anerkannt ist, so ist es gleichgültig, ob der historische Grund der zweiten Klage der nämliche ist, weil hier doch

---

habe, daher diese wenigstens immer noch insoweit gebraucht werden könne, als sie ein andres Object betreffe, was aber stets dann der Fall sey, wenn die spätere Klage zwar bis auf einen gewissen Punct das nämliche, aber daneben auch ein verschiedenes Object betrifft, nämlich eine größere Quantität, ein plus. Diese mildere Doctrin ist zu Hermogenians Zeit allgemein durchgedrungen. — Dagegen handelt eine Anzahl anderer Stellen, welche man oft für widerstreitend hält, von dem Fall, wenn durch verschiedene Handlungen an demselben Object mehrere Delicte verübt worden sind. Hier findet natürlich eine reine cumulative Concurrenz der mehreren Klagen Statt. So sind L. 130 D. de reg. jur. (Nunquam actiones, praesertim poenales de eadem re concurrentes, alia aliam consumit) und L. 60 D. de obligat. durch Beziehung auf L. 2 D. de privat. delict. L. 56 pr. D. de furt. zu verstehen. Uebrigens erklärt sich die cumulative Concurrenz der rei persecutio (z. B. wegen locatio, societas, negotiorum gestio, mandatum) mit einer actio poenalis (z. B. actio furti) nicht bloß aus der Verschiedenheit des Zwecks, sondern eben so sehr aus der Verschiedenheit des Grundes (L. 42 D. locat. L. 45 L. 46 D. pro soc.). Alle diese reipersecutorischen Klagen haben hier mit der concurrirenden Pönalklage die Voraussetzung der verletzenden Handlung gemein, haben aber außerdem noch ihren besonderen Grund in der Thatsache des geschlossenen Vertrages u. s. f. Ebenso setzt die condictio furtiva nicht bloß, wie die actio furti, die Thatsache des Delicts voraus, sondern auch speciell, daß der Kläger noch zur Zeit der Klagstellung wider seinen Willen einen durch jene Thatsache veranlaßten Vermögensschaden erleidet, was für die actio furti gar nicht in Betracht kommt L. 8 pr. L. 10 § 2. L. 7 § 1 D. de condict. furt.). — Der Grundsatz, daß bei Verschiedenheit des Zwecks mehrerer Klagen eine cumulative Concurrenz eintritt, findet 1) da Anwendung, wo bei einer scheinbaren Identität des Objects doch eine wirkliche Verschiedenheit obwaltet, was, wie oben erwähnt, da der Fall ist, wo die eine Klage auf ein plus geht: L. 38 § 1 vgl. m. L. 43. D. pro soc. L. 47 pr. eod. — Wenn ein Verkäufer von seinem Käufer, ein socius von seinem socius sich eine Conventionalstrafe für den Fall der Nichterfüllung einer bestimmten Leistung hat versprechen lassen, und dann dieser Fall eintritt, so liegt im Ganzen eine Gleichheit des Objects der actio venditi oder actio pro socio mit dem Object der Klage aus diesem besonderen Nebenversprechen vor, denn die Conventionalstrafe ist nichts anderes, als eine vorläufige Fixirung des künftigen Interesse des Gläubigers, und jene ersteren Klagen haben hier auch nur zum Zweck, das Interesse des Gläubigers wegen Unterlassung der versprochenen Handlung geltend zu machen. Darum ist ihre Con=

durch einen verschiedenen Grund nichts anderes als die nochmalige richterliche Anerkennung des nämlichen schon anerkann-

---

currenz zunächst eine elective; sie wird aber cumulativ, insofern die Summe des wirklichen Interesse die der Conventionalpoen übersteigt: L. 28 D. de act empt. L. 41 L. 42 D. pro soc. Vgl. L. 1 D. vi bonor. rapt. L. 7 § 1 D. commodat. L. 34 pr. D. de obligat. Von den drei hierher gehörigen sehr bestrittenen Stellen: L. 34 § 2 D. eod. und L. 1 § 21 L. 2 § 1 D. de tutel. et rat. distrah., ist die erste in den Worten „sed verius est, remanere, quia simplo accedit, et simplo subducto locum non habet" so zu verstehen: „die Annahme, daß die actio legis Aquiliae auf das plus dem Kläger (trotz schon gemachten Gebrauchs der actio commodati) verbleibt, ist richtig, weil dieselbe nur zu dem simplum (dem Object der ersten Klage) hinzukommt, und nicht auf das durch die erste Klage schon einmal in Anschlag gebrachte (geforderte) simplum geht." Die beiden letzten Stellen erklären sich daraus, daß die actio rationibus distrahendis nur dann gebraucht werden kann, wenn der durch die Unterschlagung des Vormunds herbeigeführte Vermögensschaden des Pupillen sich noch bei Anstellung der Klage vorfindet (L. 2 § 1 l. l. beweist in den Worten „quia nihil absit pupillo" ganz klar eine solche ratio jener Klage). Hat also der Pupill durch die actio tutelae directa oder durch die condictio furtiva schon den Ersatz dieses Schadens erlangt, so muß jene Klage ganz wegfallen. Endlich der L. 41 § 1 D. de obligat. ist nach unsrer Ansicht nur zu helfen durch Emendation des „id consequatur" in „nil consequatur" oder durch Einschiebung eines „non". — 2) Jener Grundsatz muß da cessiren, wo bei scheinbarer Verschiedenheit des Objects mehrerer Klagen doch wesentlich eine Identität vorhanden ist, worüber vgl. die Beispiele in L. 7 pr. L. 21 pr. § 1. 2. L. 26 § 1 D. de except. rei jud. L. 27 § 8 D. de pact. — Wenn mehrere Klagen in einem präparatorischen oder präjudiciellen Verhältniß stehen, so daß der Sieg mit der einen Klage entweder die Anstellung oder die Durchsetzung der andern erst möglich macht, so pflegt man dies eine successive Concurrenz der Klagen zu nennen: z. B. präparatorisch ist die actio ad exhibendum im Verhältniß zur rei vindicatio (L. 23 § 5 D. de rei vind.), präjudiciell die Eigenthumsklage für die actio communi dividundo in Betreff der nämlichen Sache, oder für die actio confessoria auf Anerkennung einer einem praedium zustehenden Realservitut, oder für die Klage (condictio) gegen den Besitzer eines fundus auf Herausgabe der Früchte (L. 18 D. de except.). Allein in jenem ersten Fall ist die zweite Klage (weil das Object vorher noch nicht als ein für sich bestehendes vindicirbares existirt) vor Durchsetzung der präparatorischen noch gar nicht begründet, was wir aber grade in unserer Lehre voraussetzen, und was die folgenden Fälle betrifft, so ist es freilich richtig, daß der siegenden präjudiciellen Klage

ten Rechtsanspruchs bezweckt werden würde. Dies trifft freilich regelmäßig bei persönlichen Klagen nicht zu, da, wenn die eine auf ein individuell bestimmtes Object durchgesetzt ist, die andere doch noch auf Leistung des Interesse, also auf ein anderes Object, gerichtet werden kann. Wenn ferner die nämliche Thatsache zur Begründung zweier Klagen auf verschiedene Objecte gebraucht wird, so verhindert weder die rechtskräftige Anerkennung, noch die Abweisung der einen Klage den wirksamen Gebrauch der anderen. Denn die res judicata betrifft nie den Grund einer Klage abgesehen von ihrem Zweck (d. i. abstrahirt von der aus dem Grund gefolgerten Wirkung), sondern, mag sie den Grund anerkennen oder verwerfen, so befaßt sie ihn stets im Zusammenhang mit der bestimmten durch die Klage geltend gemachten Wirkung. Mehrere Klagen endlich, welche in ihrem thatsächlichen Grund und practischem Zweck übereinstimmen, concurriren electiv, so daß die jene gemeinsamen Momente befassende res judicata (und eben so das vertragsmäßige Aufgeben) beide Klagen trifft.

---

die andere folgt, und daß diese durch jene unterstützt wird, aber eben so wohl kann man sagen, daß, wenn das Urtheil über die Präjudicialfrage ungünstig ausfällt, die bis zur res judicata durchgeführte electio der einen Klage den Gebrauch der anderen, welche wesentlich auf der dort schon abgeurtheilten ratio beruht, verhindert, folglich eine elective Concurrenz vorliegt. Man braucht nur den Begriff dieser Concurrenz nicht so zu fassen: sie sey das Zusammentreffen mehrerer Klagen, unter denen man nach Belieben eine zum Gebrauch auswählen könne, aber durch den wirklichen Gebrauch derselben die andere aufhebe. Cumulative Concurrenz ist nach unserer Ansicht ein solches Zusammentreffen, wo durch das Schicksal der einen Klage die andere nicht afficirt wird, und elective Concurrenz das Gegentheil hiervon; die s. g. successive Concurrenz ist diesen Arten daher nicht coordinirt.

# Dritte Abtheilung.

## Von den privatrechtlichen Wirkungen der gerichtlichen Geltendmachung eines Rechts.

### §. 12.

Ein Recht wird juristisch realisirt durch thätige Anerkennung des Staats, d. i. das richterliche Erkenntniß und dessen Ausführung. Nicht das Behaupten des Einzelnen, sondern der Ausspruch des Staats, nicht die Eigenmacht *), sondern die Macht des Staats vollendet die Wirklichkeit des Rechts. Das processualische Verfahren ist die Thätigkeit der Partheien und des Richters, welche zum Ziel hat, das Recht aus dem Zweifel zur Gewißheit, aus dem Bereich des subjectiven Behauptens und Meinens in die Sphäre der Objectivität und Wirklichkeit zu erheben. Jedes Stadium des Processes bringt das Recht diesem seinem Ziel näher, und jede wesentliche processualische Handlung hat Einfluß auf den Bestand, Inhalt und Umfang eines Rechts. Dieser Einfluß der processualischen Handlungen auf die Privatrechte, welche durch sie geltend gemacht werden, geht aus dem Grundsatz hervor, daß das endliche Resultat des Processes das Schaffen und Bestimmen des unter den streitenden Partheien geltenden Rechts ist. Das hier erkannte Recht ist dann ihr wirkliches Recht, und nicht das, was sie vorher oder nachher zu haben behaupten, und wiederum kann nur das als Recht erkannt werden, was als solches im Proceß vorgebracht, begründet und bewiesen worden ist. In Wahrheit also constituiren die processualischen Handlungen, welche den Inhalt, Umfang, Grund und Wirkungen des Rechts vorlegen und bewahrheiten, das concret geltende Recht. Nicht, als ob das richterliche Urtheil juristisch ein Erwerbstitel von Rechten wäre, denn die Entscheidung ist nur das Erkennen des vor dem Rechtsstreit schon vorhandenen Rechts; aber weil das Gericht ausschließlich das Organ ist,

---

*) Das eigenmächtige Durchsetzen des Rechts ist Selbsthülfe. Das Obligationenrecht wird dies Delict und seine Wirkungen behandeln.

durch welches dieses Erkennen im Staat geschehen kann und darf, so ist das Recht auch nicht concret wirklich vor dem richterlichen Urtheil (dem geäußerten Erkennen des Rechts). Es sind vier processualische Momente, welche einen wesentlich bestimmenden Einfluß auf das Recht ausüben: das erste Moment ist die Thätigkeit des Klägers, welche den Streit provocirt, indem sie dem Beklagten die Behauptung und das Verlangen des Klägers vorhält; das zweite, wenn wirklich der Streit begonnen ist; das dritte, wo es sich darum handelt, dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit der den concreten Fall entscheidenden Thatsachen beizubringen, ohne welche ein Erkennen und Aussprechen des Rechts unmöglich ist; der vierte dieses Aussprechen des Endurtheils selbst. Hiernach wird die folgende Darstellung geordnet werden.

### A. Von den privatrechtlichen Wirkungen der richterlichen Mittheilung der Klage an den Beklagten, und der Litiscontestation.

Wir beginnen mit dem Begriff der Litiscontestation, und unterscheiden in diesem Begriff die lis und deren contestatio. Eine historische Entwicklung muß auf das innere Wesen der successiven Veränderungen dieses Instituts eingehen; unser practischer Zweck fordert eine kurze mehr äußerliche Darstellung dieser Veränderungen, um die bleibenden gemeinsamen Merkmale des Begriffs zu abstrahiren. Materiell, d. h. ihrem Inhalt nach ist die lis immer dann angefangen, wenn beide Partheien durch einander widersprechende Rechtsbehauptungen irgend einer Art erklärt haben, einen Rechtsstreit führen und eine richterliche Entscheidung desselben erwarten zu wollen. Die Handlungen beider Partheien, des Klägers zum Streit auffordernde Rechtsbehauptung und des Beklagten Einlassung auf den Streit, constituiren den Inhalt der lis: des Angegriffenen Erklärung hat keinen Sinn ohne den Angriff, und dieser allein macht auch noch keinen Streit aus. Formell, d. i. juristisch wirklich ist die lis immer erst durch ihre Contestation. Contestirt ist die lis aber immer dann, wenn ihr juristischer Inhalt äußerlich fixirt, und dadurch dem künftig entscheidenden Richter erkennbar geworden ist. Litiscontestation ist die Bezeugung, daß man sich streite, und worüber man sich rechtlich streite,

und darum passend genannt Streit- oder Kriegsbefestigung. Der Stoff der lis und ihr äußeres Hervortreten in der Litiscontestation, so daß nun nicht mehr bloß für die Partheien, sondern auch für den Richter, also juristisch ein Streit vorhanden ist, können aber äußerlich getrennt seyn, und diese Scheidung finden wir im römischen Formularproceß. Hier lernte zunächst der Magistrat durch die Behauptung des Klägers und die Gegenerklärung des Beklagten (vgl. S. 251) den juristischen Inhalt der lis kennen, und concipirte darnach die formula, worin er nach dem eigenen Verlangen der Partheien den Richter einsetzte, und ihm jenen Inhalt als Norm für die Beurtheilung des ihm erst concret nach seinen thatsächlichen Momenten vorzulegenden Falles vorzeichnete. Hier war nun durch einen und denselben Act des Magistrats judicium constitutum s. acceptum, lis contestata, und lis coepta s. inchoata. Die Constatirung (Contestation) des rechtlichen Streitobjects in der s c h r i f t l i c h e n Formel, und die Einsetzung des Richters eröffneten hier erst die Möglichkeit des Anfangs einer wirklichen Streitverhandlung *). — Im Justinianeischen Proceß ist die Vorbereitung der lis, das Aussprechen ihres Inhalts durch die Partheibehauptungen, nicht mehr gesondert von ihrer formellen Constituirung, der Litiscontestation. Beides geschieht hier auf einmal vor dem Richter, welcher in den mündlichen Erklärungen der Partheien ihr Streitobject unmittelbar selbst kennen lernt. In einem mündlichen Termin vor dem Richter, welcher selbst nachher entscheiden soll, bringt zunächst der Kläger seinen Rechtsanspruch und dessen juristische Begründung vor (editio generis actionis vgl. S. 255), was übrigens oft nur eine mündliche Wiederholung dessen war,

*) Im ältesten römischen Proceß geschah die Fixirung des Inhalts der lis (litiscontestatio) durch den Aufruf und die Aufforderung anwesender Zeugen, das künftig dem Richter zu bezeugen, was sie als streitig unter den Partheien vernommen. Diese Aufforderung geschah ohne Zweifel von Jeder der beiden Partheien, nachdem sie ihre Rechtsbehauptung ausgesprochen; vielleicht auch war sie zugleich eine Aufforderung an die Zeugen, die lis zu h ö r e n, und ging als solche der Erklärung der Parthei vorauf. Jedenfalls geschah hier die Angabe des Inhalts der lis und ihre Contestation in einer zusammenhängenden Folge.

was schriftlich schon in dem libellus conventionis geschehen war, wenn er es nämlich für gut befunden hatte, schon hier sich weitläuftiger und specieller darüber auszusprechen. Hierauf antwortet der Beklagte; bestreitet er in dieser Antwort jenen Rechtsanspruch (schlechthin oder durch Einreden), so ist dadurch schon, weil der judicirende Richter selbst gegenwärtig ist, zugleich lis contestata, coepta und judicium constitutum. Unmittelbar hieran schließen sich im weiteren processualischen Verfahren die Vorträge der auf den concreten Streitfall bezüglichen thatsächlichen Behauptungen, und die gegenseitigen Verhandlungen darüber (vgl. S. 256). Darum ist es ganz einerlei, ob man, wenn man das damalige Wesen der Litiscontestation characterisiren will, sich so ausdrückt: „lis ist contestirt, wenn von beiden Seiten die Rechtsbehauptungen vorgetragen sind, also der Beklagte sich auf den Streit eingelassen hat", oder so: „lis ist contestirt, wenn der Richter anfängt, die thatsächlichen Gründe des Streits zu hören", denn processualisch bezeichnet dieser Anfang zugleich das Ende jenes Vorverfahrens *). Im neueren römischen Recht sind es die Partheien selbst **), welche nicht bloß materiell die lis vorbereiten, sondern unmittelbar durch ihre processualischen Handlungen die Litiscontestation vollführen, und grade so spricht

---

*) Hieraus erhellt einfach der Sinn der so vielfach mißverstandenen L. un. C. de lit. contest. (Res in judicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante judicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. Lis enim tunc contestata videtur, cum judex per narrationem negotii causam audire coeperit.). Die editio actionis ist bloß das erste Moment zum Anfang der lis; der effective Anfang der lis ist aber die Litiscontestation: dann erst ist res in judicium deducta. Dieser Anfang der lis äußert sich dann wieder positiv darin, daß nun die Verhandlungen über die Thatsachen vor dem Richter beginnen. — Ueber L. 14 § 1 C. de judic. (— cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem objectam —) vgl. S. 255.

**) Nov. 96 C. 1 spricht von einer cautio der actores „quia (quod) intra duos menses omnibus modis litiscontestationem facient apud judicem" —; so wird litem contestari bald vom Kläger, bald vom Beklagten, bald auch zugleich von Beiden gebraucht (L. 1 § 1 D. de litigios.).

sich auch noch das Kanonische Recht über das Verhältniß der Partheien zur Litiscontestation aus *). Auch noch im heutigen Proceß wird durch des Beklagten Bestreiten der klägerischen Rechtsbehauptung die Litiscontestation vollendet, und der Anfang des eigentlichen Rechtsstreits bezeichnet; aber die Aeußerung dieser Litiscontestation kann nach heutigen processualischen Grundsätzen einen ganz anderen Character haben. Seitdem nämlich nach dem J. R. A. § 34 die Geschichtserzählung in die Klage aufgenommen, und nach demselben Gesetz § 37 dem Beklagten die specielle Beantwortung des factischen Inhals der Klage zur Pflicht gemacht worden ist, hat sich die Praxis dahin entschieden, daß es beiderseits eines ausdrücklichen Behauptens und Bestreitens des Rechts nicht mehr bedarf. Das bloße Behaupten der Thatsachen involvirt nun das Behaupten des Rechts, und ebenso enthält das bloße Verneinen des factischen Grundes der Klage ein Bestreiten des Rechtsanspruchs des Klägers. Erst nach dieser Gegenerklärung des Beklagten ist ein wirklicher Rechtsstreit da, und daraus wird begreiflich, daß der heutige Sprachgebrauch die Litiscontestation und die Einlassung des Beklagten nicht unterscheidet. Die Contestation der lis geschieht aber jetzt durch die Einreichung der schriftlich verzeichneten Partheivorträge bei dem Richter. Der wirkliche Rechtsstreit beginnt (**lis coepta, inchoata**) nach der ersten Antwort des Beklagten auf die Klage, also, wie immer, mit seiner Einlassung auf den Streit; die weiteren Partheiverhandlungen bis zum Ende des s. g. ersten Verfahrens sind nur die Fortsetzung dieses Streits **).

Es ist bisher vom Begriff der Litiscontestation gehandelt worden, um den Beweis führen zu können, daß die s. g.

---

*) C. 54 X de election. — cum non per positiones et responsiones ad eas factas, sed per petitionem in jure propositam et responsionem factam contestatio litis fiat. — Vgl. C. unic. X de lit. contest. Auch ältere deutsche Reichsgesetze sprechen von einer Kriegsbefestigung durch beide Partheien (z. B. K. G. O. von 1500 XII § 2.)

**) Jeder Kundige wird einsehen, daß eine weitere Ausführung dieser bloß skizzirten Darlegung unserer Ansicht vom Begriff der Litiscontestation, und zwar in völliger Uebereinstimmung mit den Quellen, nicht schwer ist. Dazu ist aber hier nicht der Ort.

Wirkungen der Litiscontestation wirklich Consequenzen dieses Begriffes, und nicht etwa durch eine willkührliche Legislation, innerlich zusammenhangslos, dazu gestempelt worden sind. Sie sind nur das Resultat einer Interpretation des Wesens dieses processualischen Momentes *). Die Litiscontestation wird vollendet durch die der Behauptung des Klägers entgegengesetzte und auf die Provocation desselben zum Streit sich einlassende ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung des Beklagten, er wolle über den Inhalt des in der Klage vorgetragenen Rechtsanspruches es auf eine Entscheidung des Richters ankommen lassen. Die Consequenzen dieses Willens muß er sich gefallen und Alles wider sich gelten lassen, was die Interpretation aus der Natur dieser Handlung entnehmen kann. Die Litiscontestation ist darum der Entstehungsgrund einer neuen Obligation des Beklagten. Diese Obligation hat ihre ratio in der Streiteinlassung, und nimmt ihren Stoff aus dem Inhalt des vom Kläger geltend gemachten Anspruchs, d. h. weil der Beklagte sich auf den Streit eingelassen, hat er sich obligirt, über den vom Kläger behaupteten Anspruch (nach Grund und Object) eine Entscheidung des Richters zu erwarten. Dieser Anspruch selbst hat von nun an seine selbständige juristische Existenz verloren, und ist nun verwandelt in den Stoff und Inhalt der aus der Litiscontestation hervorgegangenen Obligation. Für diese neue Obligation kommt nun formell nichts mehr auf den ursprünglichen juristischen Grund jenes Anspruchs an. Die Litiscontestation enthält also wirklich eine Novation, welche eben darin besteht, daß eine bestehende Obligation als Stoff zu einer neuen verwandt

*) D. h. der Sache nach, wenn auch dem ursprünglichen Urheber unbewußt. Es fällt uns nicht ein, zu behaupten, daß die spätere kaiserliche Legislation durch Reflexion über den Geist der Sache, und nicht vielmehr bloß durch augenblickliches Bedürfniß zu ihren neuen Bestimmungen motivirt worden ist. Wir unterscheiden hier nicht die ursprüngliche Quelle der Geltung jener Wirkungen, also nicht, ob sie durch juristische Doctrin oder kaiserliche Constitutionen eingeführt sind. Denn auch letztere haben hier, wie sonst vielfach, in einer Zeit, wo die Kraft der römischen Doctrin schon gesunken war, nur das ausgesprochen, was die Theorie im Geist der aequitas und bona fides aus dem Begriff hätte entwickeln können.

wird, welche diesem Inhalt eine neue juristische Form giebt. Sie ist aber eine **necessaria** novatio, weil sie, aus der Natur der Handlung des Beklagten gefolgert, für ihn unvermeidlich ist *). Aber diese neue Obligation, weil sie den totalen Gehalt und Umfang der Klage in sich aufnimmt, conservirt zugleich dem Kläger durchaus seinen bisherigen Rechtszustand, und stellt ihn in keiner Weise schlechter, als zuvor. Vielmehr gewährt sie ihm die besonderen Vortheile, welche aus der neuen Obligation des Beklagten hervorgehen können. So bleiben die für die alte Fordrung schon constituirten Pfandrechte bestehen nebst ihren Privilegien, die Zinsenfordrung wird nicht aufgehoben, es kann eine Bürgschaft für die neue Obligation constituirt werden u. s. w. **) Diese Obligation hat aber ihren eigenen

---

*) L. 29 D. de novat. Aliam causam esse novationis voluntariae, aliam judicii accepti, multa exempla ostendunt —. Von der voluntaria novatio gilt: „— dummodo sciamus, novationem ita demum fieri, si hoc **agatur, ut** novetur obligatio —" (L 2 D. eod.). Die **allgemeine** Natur einer Novation findet sich auch hier, welche L. 1 pr. D. eod. so bezeichnet: Novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio: hoc est, cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur —." Zahlreich sind im römischen Recht die Wirkungen, welche aus dieser Novationsnatur der Litiscontestation hervorgehen, und in den betreffenden Lehren von uns werden angegeben werden. Hier soll nur daran erinnert werden, daß sie die Wirkung einer delegatio hat, einflußreich auf die rechtliche Stellung des Cessionar (procurator in rem suam) L. 11 § 1 D. eod. Fit autem delegatio vel per stipulationem vel per litiscontestationem (vgl. L. 2 C. de obligat.).

**) L. 29 D. l. l. — perit privilegium dotis et tutelae, si post divortium dos instipulationem deducatur, vel post pubertatem tutelae actio novetur, si id specialiter actum est, **quod nemo dixit lite contestata**: neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem —. L. 86. L. 87. D. de reg. jur. Non solet deterior conditio fieri eorum, qui litem contestati sunt, quam si non, sed plerumque melior. Nemo enim in persequendo deteriorem causam, sed meliorem facit —. L. 1 C. de judic. Iudicio coepto usurarum stipulatio non est peremta. Superest igitur, ut debitorem ejus temporis, quod non est in judicium deductum, convenire possis. Wahrscheinlich hierauf, und nicht auf die **Entstehung** einer Zinszahlungspflicht durch die Litiscontestation ist zu beziehen L. 35 D. de usur. Lite contestata usurae currunt.

Rechtsgrund, und die alte Obligation nur dem Inhalt nach in sich aufgenommen, so daß auf den juristischen Grund des ursprünglichen Klagrechts juristisch gar nichts mehr ankommt. Darum können alle privatrechtlichen Klagen, welche ihrer Natur nach sonst (vgl. S. 220) eine passive oder active Translation auf die Erben nicht zulassen, nach der Litiscontestation wirksam gegen die Erben des Beklagten oder von den Erben des Klägers angestellt werden *). Ferner versteht sich hieraus ganz von selbst, daß Klagrechte, worüber schon lis contestirt ist, als solche nicht mehr veräußerlich sind, und nicht mehr cedirt werden können **). Denn wenn auch das alte Klagrecht seinem practischen Inhalt und Erfolg nach durch die Litiscontestation aufrecht erhalten wird, so wird es doch seinem Rechtsgrunde nach, also als ein juristisch selbständig bestehendes Recht, eben dadurch zerstört, kann also auch nicht mehr übertragen werden. Die practische Conservation des Inhalts der aufgehobenen actio bezieht sich nur auf das Urtheil, welches materiell seine Basis in der voraufgegangenen Litiscontestation hat, und darum sich über Alles verbreitet, was zum Inhalt derselben gehörte. — Das Object der durch die Litiscontestation hervorgebrachten Obligation des Beklagten besteht ferner darin, daß er über den Inhalt des Anspruchs, grade so wie er in der Klage ausgesprochen ist, die richterliche Entscheidung zu erwarten sich verpflichtet. Hierdurch

---

(Vgl. L. 18 D. de novat., welche von der freiwilligen Novation sagt „novatione legitime facta liberentur hypothecae et pignus, usurae non currunt".) L. 13 § 4 de pignorib. L. 8 § 3 D. de fidejussorib.

*) L. 87 D. de reg. jur. — denique post litem contestatam heredi quoque prospiceretur, et heres tenetur ex omnibus causis. L. 139 L. 164 D. eod. Omnes actiones, quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae judicio salvae permanent. L. 26 D. de obligat. Omnes poenales actiones post litem inchoatam et ad heredes transeunt. L. 58 D. eod.

**) L. 2 C. de litigios. Lite pendente actiones, quae in judicium deductae sunt — minime transferri ab eodem actore liceat: tanquam nihil factum sit, lite nihilominus peragenda. L. 3 C. eod. — vel ambiguum chirographum —. L. 4 C. eod.

ist dem Beklagten die Pflicht auferlegt, durch keine willkührliche einseitige Handlung den Stand der Rechtssache zu verändern, und dem Kläger die Früchte seines etwanigen Sieges zu vereiteln, oder doch ihre Verfolgung zu erschweren. Daraus ergiebt sich von selbst:

1) Daß er nach der Litiscontestation des Besitzes der Sache, auf deren Restitution oder Exhibition er belangt worden ist, sich nicht willkührlich entäußern darf. Hiervon wiederum ist die natürliche Folge (weil er sonst mit seinem eigenen durch die Streiteinlassung geäußerten Willen in Widerspruch gerathen würde), daß er, wenn er dennoch eine solche Besitzentäußerung vorgenommen, wegen seines dolus so behandelt und condemnirt werden kann, als besäße er wirklich die Sache, und zwar ganz gleichviel, ob er vor der Litiscontestation ein malae oder bonae fidei possessor war *).

---

*) Nur diese beschränkte Beziehung hat der so oft mißverstandene Satz der L. 25 § 7 D. de heredit. petit. — „quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse" —. Dieser Ausspruch des Juristen kann nur im Zusammenhang des Ganzen richtig verstanden werden, und gilt nur von dem Fall, welchen der Jurist dort speciell behandelte. Das von ihm interpretirte SCtum sagte ausdrücklich nur „ante litem contestatam". Der Jurist setzt nun hinzu: das SCtum habe dies deswegen ausdrücklich hervorgehoben, weil es sich von selbst verstehe, daß nach der Litiscontestation in Beziehung auf eine dolose Besitzentäußerung kein Unterschied zwischen einem bonae und malae fidei possessor zu machen ist. Der Zweifel und Streit, welcher eine Folge der Liciscontestation ist, muß den Beklagten allerdings veranlassen, nicht in übermüthigem Vertrauen auf den künftigen Sieg solche willkührliche Besitzveränderungen vorzunehmen, wodurch der practische Erfolg der Entscheidung vernichtet werden könnte. Aber es ist durchaus falsch, aus diesem Satz die Regel zu abstrahiren, daß nach der Litiscontestation die bona fides des Beklagten überhaupt in mala fides sich verwandele, woran man dann natürlich wiederum eine Menge von Folgerungen knüpft, z. B. daß nach den Grundsätzen des Kanonischen Rechts (C. 20 X de praescript.) über die mala fides superveniens die Litiscontestation, als Grund einer mala fides des Besitzers, die Usucapion unterbrechen müsse. Daß die römischen Juristen an eine solche Verwandlung der bona in mala fides durch Litiscontestation nicht entfernt gedacht haben, sehen wir klar aus einer anderen Stelle, wo für einen wichtigen Fall, an welchem diese Gleichstellung der bonae

2) Daß nach der Litiscontestation lite pendente eine Veräußerung des streitigen Objects (res litigiosa) unzulässig seyn muß. Die Obligation aus der Litiscontestation geht nämlich grade darauf, die ganze Sachlage bis zum Endurtheil in dem nämlichen Zustand zu erhalten, also auch nicht durch eigenmächtige Handlungen das Object aus dem Zustande der Litigiosität zu bringen *)

Es liegt ferner in der Natur der Sache, daß der Beklagte, wenn er auch selbst nach der Litiscontestation noch durchaus eine begründete Ueberzeugung von seinem Recht haben, also subjectiv außer Zweifel über sein Recht seyn kann, doch bloß dadurch, daß er nun objectiv in Streit und Zweifel sich befindet, sich aufgefordert fühlen muß, eine erhöhte Sorgfalt auf die in seinem Besitz gelassene Sache und die Fruchtgewinnung zu verwenden, so daß er dem practischen Erfolg nach in dieser Beziehung einem malae fidei possessor gleich behandelt werden kann**). Aber sehr falsch ist die Behauptung,

---

und malae fidei possessio sich recht bewähren müßte, nämlich für den casuellen Untergang des Streitobjects nach der Litiscontestation, grade umgekehrt streng zwischen dem bonae fidei possessor und dem praedo unterschieden wird. In der L. 40 pr. D. de heredit. petit. sagt der Jurist: der für die hereditatis petitio und speciales vindicationes gültige Satz aus der oratio D. Hadriani „ut post acceptum judicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petit, restituta esset hereditas“ müßte, wörtlich verstanden, auch vom bonae fidei possessor, und zwar auch für den Fall eines casuellen Untergangs der Sache gelten. Allein er läugnet diese Anwendung der Bestimmung des Senatsconsults ganz entschieden: nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere“. Der bonae fidei possessor, welcher doch, und zwar mit Grund, Recht zu haben glaube, würde sonst in die Lage gerathen, entweder einen solchen Schaden zu ersetzen, oder aus bloßer Furcht vor der Möglichkeit eines solchen Schadenersatzes sein vielleicht ganz begründetes Recht in Stich zu lassen (L. 16 pr. D, de rei vindic.).

*) L. 1 § 1 D. de litigios. L. 2. L. 4 C. eod. L. 1 § 2 D. quae res pignor. Nov. 112 C. 1. Das Nähere über die Folgen der Uebertretung dieses Verbots gehört ins Obligationenrecht.

**) L. 2. C. de fructib. Litigator victus, qui post conventionem rei incumbit alienae, non in sola rei redhibitione teneatur. nec

daß bei persönlichen Klagen die Litiscontestation immer eine mora des Beklagten hervorbringe. Zwar ist es richtig, daß die Klagstellung immer eine Interpellation des Beklagten enthält, so daß aus der Zahlungsweigerung d. i. der Streiteinlassung, eine mora desselben hervorgehen kann. Aber wie überall, so auch hier, erzeugt die Interpellation für sich noch keine mora, sondern nur die grundlose Verzögerung der Erfüllung trotz geschehener Interpellation. Nun aber kann nicht ohne Weiteres daraus, daß der Beklagte, statt zu leisten, sich auf den Streit einläßt, eine mora gefolgert werden, sondern die jedesmalige nähere Untersuchung muß zeigen, ob er einen rechtlichen Grund zur Verzögerung (justa causa differendi*)), einen genügenden Grund für seine Ueberzeugung von seinem Recht hat, oder nicht**).

---

tantum fructuum praestationem eorum, quos ipse percepit, agnoscat, sed etiam eos, quos percipere potuisset, non quos eum redegisse constat, exsolvat, ex eo tempore, ex quo re in judicium deducta scientiam malae fidei possessionis accepit. L. 20 § 11 D. de hered. petit. — quid ergo, si scit quidem (a se peti), nemo autem ei denunciavit? an incipit usuras debere pecuniae redactae? Et puto, debere: coepit enim malae fidei possessor esse. — Daß überhaupt der Beklagte post litem contestatam für omnis causa haftet, versteht sich von selbst: L. 20 D. de rei vind. — nec enim sufficit, corpus ipsum restitui, sed opus est, ut et causa restituatur, id est, ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo judicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset. L. 2 D. de usur. Vulgo receptum est, ut, quamvis in personam actum sit, post litem tamen contestatam causa praestetur. Cujus opinionis ratio redditur, quoniam quale est, cum petitur, tale dari debet, ac propterea postea captos fructus partumque editum restitui oportet. Vgl. L. 25 § 8 D. de aedilit. edict. — Endlich findet auch die in der L. 31 § 3 D. de heredit. pet. (Sicut autem sumptum, quem fecit, deducit, ita si facere debuit nec fecit, culpae hujus reddat rationem, nisi bonae fidei possessor est: tunc enim, quia quasi suam rem neglexit, nulli querelae subjectus est ante petitam hereditatem; postea vero et ipse praedo est) enthaltene Entscheidung in dem im Text angegebenen Princip ihre Erklärung, und beweist nicht für die Ansicht, daß ein bonae fidei possessor post litem contestatam überhaupt ein malae fidei possessor werde.

*) L. 5 D. de reb cred. L. 21 D. de usur.

**) L. 24 pr. D. de usur. Si quis solutioni quidem moram fecit, judicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram:

Wir fanden den juristischen Grund der angegebenen dem Beklagten nachtheiligen Wirkungen der Litiscontestation darin,

---

utique si juste ad judicium provocavit. So ist die L. 14 § 1 D. depos. welche die Haftung des Beklagten für den casuellen Untergang der Sache nach der Litiscontestation läugnet, von einem solchen Fall zu verstehen, wo die Litiscontestation keine mora involvirt, wogegen die anders entscheidende L. 12 § 3 D. eod. den entgegengesetzten Fall vor Augen hat. Hiernach ist auch der Sinn der L. 82 § 1 D. de verb. oblig. zu restringiren, welche sonst generell zu sagen scheint: „wer das Processiren der freiwilligen Erfüllung seiner Verbindlichkeit vorzieht, ist dadurch schon in mora". — Die im Text angegriffenen Behauptungen, daß die Litiscontestation (oder überhaupt Litispendenz) stets mala fides und mora des Beklagten erzeuge, leiden beide gleichmäßig an dem Fehler unzulässiger Abstraction aus einzelnen Fällen, deren concrete Natur man dabei unberücksichtigt läßt. Die Begriffe von mala fides und mora sind relativer Natur: mala fides ist ein gewisser und zwar bedeutender Grad der Ueberzeugung eines Subjects von seinem Unrecht, oder wenigstens Nichtrecht; mora ist die verschuldete Verzögerung der vom Gläubiger schon wirklich (ausdrücklich oder stillschweigend) geforderten Leistung. Dort ist die Existenz des erforderlichen Grades der Ueberzeugung, hier das Daseyn der Schuld lediglich zu ermessen aus der bestimmten Lage des Subjects und aus den besonderen Thatsachen, worauf sie sich gründen. Es entscheidet das Gewicht dieser Thatsachen, und die besondere Art des Verhältnisses, in Beziehung auf welches das Daseyn der mala fides und mora in Frage steht. Denn der nämliche Grad einer solchen Ueberzeugung und Verschuldung kann in einem Fall für hinreichend erachtet werden, um bestimmte dem Subject nachtheilige Rechtswirkungen eintreten zu lassen, also um die juristische Existenz der mala fides und mora anzunehmen, welcher in einem anderen Fall als durchaus ungenügend angesehen werden muß. Für den besonderen hier von uns behandelten Fall müssen wir nun behaupten, daß die bloße gerichtliche Erklärung und Behauptung des Klägers, ihm stehe gegen den Beklagten ein bestimmtes Recht zu, keineswegs ein ausreichendes Moment ist, um die bis dahin bestandene bona fides des Beklagten in aller und jeder Beziehung in eine juristische mala fides zu verwandeln, oder um eine wirklich culpose Verzögerung der Leistung annehmen zu können. Abstrahirt man, wie es denn das gewöhnliche Verfahren ist, bei Ausmittelung dieser Begriffe von der Besonderheit der Umstände und Verhältnisse, mißt man hier Alles nach einem und demselben groben Maaß, und beachtet nicht die feineren Unterschiede, welche erst einer schärferen Beobachtung entgegentreten, so gelangt man begreiflich zu einer Menge von Resultaten, welche dem Geist unseres Rechts gänzlich widersprechen, und die Eigenthümlichkeit jener

daß derselbe durch eine schon wirklich vorgenommene processualische Handlung sich auf den Streit eingelassen hat. Diese Einlassung erzeugt für ihn Verbindlichkeiten, welche er vorher nicht hatte, und deren practische Erfolge freilich erst das Endurtheil zum Vorschein bringen kann. Jetzt aber setzen wir hinzu, daß der wahre Rechtsgrund dieser Verbindlichkeiten nicht in der äußerlich in Worten oder Handlungen hervorgetretenen Streiteinlassung liegt, sondern in dem Willen, mit dem Gegner zu streiten, welcher von dem Augenblick an juristisch als vorhanden angenommen werden muß, wo er eine processualische Kunde von der wider ihn aufgestellten Rechtsbehauptung, also ein hinreichendes Motiv bekam, ernstlich zu überlegen, ob er dem Verlangen des Klägers nachgeben oder widerstehen wolle. Denn hier, wie überall, muß nach dem Geist unseres Rechts der Gedanke und Wille einer wirklich gewordenen That, das dem Richter erkennbare Innere eines später hervorgetretenen Aeußeren als wesentlich entscheidendes Moment behandelt werden. Die nachfolgende äußere Handlung ist für den Richter nur der Beweis des Daseyns jenes Willens. Hieraus erklärt sich, daß das heutige Recht die eben bezeichneten dem Beklagten nachtheiligen Wirkungen der Litiscontestation schon der Insinuation des richterlichen Decrets beilegt, wodurch der Beklagte mit dem Inhalt der Klage bekannt gemacht und zu einer Vernehmlassung darüber aufgefordert wird*). Dies gilt aber nicht von dem Nachtheil der In-

---

Rechtsbedriffe ganz vernichten. Daß die römischen Juristen hier nicht so grob zu Werk gegangen sind, wird vorläufig schon aus den bisher angeführten Belegen einleuchten. Hier ist noch ein weites freies Feld für eine Theorie, welche eine selbständige Bearbeitung des Stoffes von innen heraus liebt, und nicht bei der oberflächlichen unfruchtbaren Bemühung stehen bleibt, die Resultate der Quellenaussprüche zu extrahiren, und die wirklichen oder durch die kümmerliche Justinianeische Compilation verschuldeten Widersprüche der römischen Juristen und Constitutionen mit Gewalt aufzuheben.

*) Schon die römischen Quellen stimmen hiermit überein. Für die Transmission der Klagen auf und wider die Erben sagt dies L. 33 D. de obligat. Constitutionibus, quibus ostenditur, heredes poena non teneri, placuit, si vivus conventus fuerat, etiam poenae persecutionem transmissam videri, quasi lite contestata cum mortuo. Die

cessibilität des Klagrechts, welcher den Kläger trifft, und für ihn natürlich nicht vor wirklichem Anfang der lis eintreten kann. Dagegen kann aber allerdings die Unterbre=

---

transmissio libelli conventionis oder controversia mota ist im Justinianeischen Proceß grade der processualische Moment, den wir mit „Insinuation des ersten Decrets auf die Klage“ bezeichnen. Die Stelle sagt so deutlich, wie möglich, daß die conventio der wirklich geschehenen Litiscontestation in Beziehung auf die fragliche Wirkung gleichgeachtet werden soll. Man hat sich viele Mühe gegeben, diese Stelle zu drehen und zu deuteln, um sie mit den anderen schon allegirten Stellen, welche diese Wirkung der Litiscontestation beilegen, zu vereinigen. Nach den Bemerkungen im Text hätte man sich diese Mühe sparen können, wenn man von der richtigen Ansicht ausgegangen wäre, daß der Sache nach diesen verschiedenen Entscheidungen ein Princip zum Grunde liegt (der durch die Nichterfüllung der vom Kläger geforderten Leistung zu erkennen gegebene Wille, den Streit zu beginnen, steht der wirklich vollführten Streiteinlassung gleich), und daß die Uebertragung dieser Wirkung von der Litiscontestation auf diesen früheren processualischen Moment nur ein Beweis der stets fortschreitenden und zunehmenden Aequität des römischen Rechts ist. Die einsichtslose Justinianeische Compilation hat diese und tausend andere ähnliche Abweichungen und Verschiedenheiten der römischen Juristen und Constitutionen, welche nur als Momente einer innereren geschichtlichen Bewegung und Entwicklung des römischen Rechts begriffen werden können, als ein einiges practisch seyn sollendes Recht auf einen Haufen gepackt. Der Kaiser konnte wohl befehlen, daß das, was seine Gesetzarbeiter digerirt und compilirt hatten, als ein Recht ohne Widersprüche gelten solle, aber nicht das Unmögliche möglich machen, daß die innerlich heterogenen und widersprechenden Stoffe durch die bloße äußerliche Zusammenstellung in einem Gesetzbuch zu einer materiellen Einheit sich hätten verschmelzen können. — Ueber das Verbot der Veräußerung einer res litigiosa verfügt Nov. 112 C. 1. Ideoque sancimus, litigiosam dici et intelligi rem mobilem et immobilem seseque moventem, de cujus dominio causa inter petitorem et possidentem movetur aut per judiciariam conventionem, aut per preces Principi oblatas, et insinuatas judici ac per eum adversario interpellatoris cognitas — . — In Betreff der anderen Wirkungen ist hier die Hauptstelle L. 25 § 7 D. de heredit. petit. — quanquam enim litis contestatae mentio fiat in Senatusconsulto, tamen et post motam controversiam omnes possessores pares fiunt, et quasi praedones tenentur. Et hoc jure hodie utimur: coepit enim scire, rem ad se non pertinentem possidere se, is, qui interpellatur.

chung der Klagverjährung durch die bloße Klagstellung und gerichtliche Insinuation der Klage (vgl. S. 203) herbeigeführt werden. Denn wenn der Nachtheil dieser Verjährung gesetzlich den Nachlässigen trifft, welcher in einer bestimmten Frist sein Recht geltend zu machen versäumt, so muß dieser Nachtheil schon dann wegfallen, wenn er durch den Gebrauch der Klage den ernstlichen Willen bethätigt hat, sein Recht zu verfolgen. Dies darf aber durchaus nicht auf die Usucapion bezogen werden. Diese wird weder durch richterliche Insinuation der Klage, noch durch Litiscontestation interrumpirt. Einen inneren juristisch nothwendigen Zusammenhang *) zwischen jenen processualischen Momenten und die-

---

*) Daß dieser Zusammenhang nicht in einer angeblichen mala fides des Beklagten post litem contestatam und der Regel des heutigen Rechts, welche eine dauernde bona fides des Besitzers zur Ersitzung fordert, gesucht werden darf, ist schon oben beiläufig erwähnt. — Gemeiniglich frägt man auch nicht weiter nach einer inneren juristischen Begründung der Behauptung, daß die Usucapion durch Litispendenz unterbrochen werde, sondern beruft sich schlechthin auf einige Gesetzstellen, wo das als Grundsatz ausgesprochen seyn soll, wobei man freilich in die Verlegenheit geräth, offenbar widersprechende Pandectenstellen damit, so gut es gehen will, vereinigen zu müssen. So sagt L. 2 § 21 D. pro empt. Si rem alienam emero et cum usucaperem, eandem rem dominus a me petierit: non interpellari usucapionem meam litiscontestatione —. Es versteht sich aber von selbst, daß ihn die während der Litispendenz vollendete Usucapion nicht gegen ein zu Gunsten des klagenden Eigenthümers lautendes Endurtheil schützen kann, denn der Richter nimmt zur Basis des Urtheils den zur Zeit der Litiscontestation vorhandenen Rechtszustand der Partheien. Er kann also condemnirt werden, die usucapirte Sache dem Kläger zu tradiren (L. 18 D. de rei vindic. Si post acceptum judicium possessor usu hominem cepit, debet eum tradere — L. 17 in f. eod. — si post litem contestatam usucepit possessor, quia plenum jus incipit habere), oder, wenn er auch nur die litis aestimatio zahlt, wird dies einem Kauf gleich geachtet, und er besitzt die Sache nun unter einer anderen causa (L. 2 § 21 l. l.). Die Constitutionen stehen hiermit gar nicht im Widerspruch. Die L. 26 C. de rei vind. (Morae litis (d. i. die Zeit der lis, die Litispendenz) causam possessoris non instruunt ad inducendam longae possessionis praescriptionem, quae post litem contestatam in praeteritum aestimatur) spricht den selbstverständigen Satz aus, daß der Beklagte seine exceptio longi temporis s. longae possessionis nur auf die vor Anfang

ser angeblichen Wirkung für das Institut der Ersitzung kann man nicht nachweisen.

## B. Von der Beweislast.

Das Princip dieser Lehre geht hervor aus der Natur des privatrechtlichen Processes, und diese wiederum aus der Natur von Privatrechten überhaupt. Wer ein Recht gerichtlich geltend macht, will, daß der Richter für ihn und den vorliegenden Fall das als Recht ausspreche, was das Gesetz allgemein für alle Fälle der nämlichen Art sanctionirt. Der Richter darf aber die vom Subject geforderte gesetzlich bestimmte Rechtswirkung nur dann ihm zuerkennen und für ihn zur Anwendung bringen, wenn Dieser zu zeigen vermag, daß der Rechtsgrund, die gesetzliche Voraussetzung jener Wirkung, concret vorhanden, d. h. thatsächlich realisirt ist. Der Richter muß diese Nachweisung von der eigenen Thätigkeit des streitenden

---

der lis abgelaufene Besitzzeit gründen kann, denn der Richter soll natürlich sein Urtheil darauf richten, ob er vermöge seiner exceptio schon zu Anfang des Streits als rechtlicher Besitzer angesehen werden und die actio des Klägers ausschließen kann oder nicht. Findet er Letzteres, so muß er für den Kläger entscheiden, und die etwa bis zum Endurtheil noch vollendete Usucapion kann dem Beklagten nicht dagegen zu Statten kommen. Ganz das Nämliche sagen L. 1. L. 2. L. 10 C. de praescript. long. temp. Endlich die L. 10 C. de acquir. possess. handelt von dem Fall, wenn unter den Partheien grade darüber gestritten wird, wer von Beiden Besitzer sey (super jure possessionis; nicht ein Streit über das jus possidendi, über das Recht an einer Sache). Hier heißt es: Ist einmal der Streit begonnen, so kann natürlich Keiner von Beiden während der Litispendenz possessor genannt werden, auch nicht der, welcher die Sache körperlich inne hat (licet corpore teneat). Denn zum Begriff des Besitzes gehört wesentlich, daß man den Gegner zum Schweigen gebracht, seinen Willen, über die Sache zu herrschen, überwunden hat (mit Recht oder mit Unrecht). So lange aber der Streit dauert, kann Keiner das sichere Bewußtseyn, den festen Willen, Herr der Sache zu seyn, haben (super jure possessionis vacillat ac dubitat), denn beiderseits ist dieser Punct hier ja grade in Zweifel gezogen. Die possessio hat eine duplex ratio: eine quae jure consistit, das ist das eigentlich Juristische an ihr, der Wille; eine andere, quae corpore consistit. Letztere kann ohne jene vorhanden seyn, und das liegt grade hier vor.

Privaten erwarten, weil es im Gebiet des Civilprocesses sich unmittelbar um sein Recht und nicht um das Interesse der Totalität handelt. Die Geltendmachung und Realisation eines Privatrechts hängt von dem Willen des Subjects ab, und Dieses will es nur dann wirklich, wenn es selbstthätig die richterliche theoretische und practische Anerkennung des Rechts anspricht und vorbereitet. Die streitende Parthei muß also dem Richter demonstriren, daß der gesetzliche Grund der von ihr in Anspruch genommenen Rechtswirkung thatsächlich wirklich geworden, und zwar durch ihn oder wenigstens für ihn factisch realisirt ist. Darum ist es ihre Aufgabe, diejenigen Thatsachen zu behaupten und durch die juristisch zulässigen Mittel als wahr darzuthun, welche für ihr practisches Anverlangen nach dem Gesetz juristisch relevant (juris rationes) sind. Denn ein bestimmtes Recht behaupten und bewahrheiten, ist nichts anderes, als das Geschehenseyn von solchen Thatsachen behaupten und beweisen, welche im Gesetz den wesentlichen Grund jenes Rechts ausmachen. Wenn nun der Kläger mit einer Rechtsbehauptung auftritt, so genügt es freilich zunächst, wenn er die diese Behauptung gesetzlich begründenden Facta als wahr erweist. Aber nicht immer reicht das schon hin, um ein günstiges Endurtheil zu erwirken. Denn wenn der Beklagte Gegenbehauptungen vorbringt, aus welchen, wenn sie wahr sind, folgt, daß das vom Kläger behauptete und bewiesene Recht dennoch gegen ihn jetzt nicht existire oder wirksam seyn könne, so ist klar, daß Letzterer wiederum durch besondere Gründe die Behauptungen seines Gegners widerlegen muß, um definitiv durchzudringen. Ebenso verhält es sich anderseits mit dem Beklagten. Um eine klare Einsicht zu erwerben über die Frage, welcher der beiden Partheien der Beweis der für die Entscheidung des Streits relevanten factischen Momente auferlegt werden solle, kommt es ganz vorzüglich darauf an, daß der Richter diejenigen Behauptungen, welche der Kläger bloß zum Behuf des Klaganspruchs oder der Beklagte zum Zweck seiner Vertheidigung aufstellen und beweisen muß, genau trennt von denen, welche erst durch die weitere Vertheidigung gegen die Angriffe des Gegners nöthig gemacht werden. Es kommt nicht bloß darauf an, daß überhaupt ein Beweis aller zweifelhaften factischen Behauptungen geliefert wird, sondern

auch darauf, daß dies in der durch das natürliche Verhältniß von Angriff und Gegenangriff gebotenen Folge geschieht. Denn wenn dem Kläger der Beweis seines historischen Klagfundaments mißlingt, so ist der Beweis der Vertheidigungsgründe des Beklagten überflüssig u. s. f. Auch geschieht es nicht selten, daß die Partheien schon in ihrer Klag- oder Exceptionsschrift solche factische Behauptungen aufstellen, welche nach der Natur des streitigen Rechts nicht zur Begründung der Klage oder Einrede gehören, sondern wider noch zu erwartende Gegenbehauptungen des Gegners gerichtet sind (Anticipation der Replik und der negativen Einlassung auf die Einreden in der Klagschrift u. s. f.), oder auch, daß solche Facta angeführt werden, welche für die aufgestellten Rechtsbehauptungen juristisch ganz irrelevant sind: jene darf der Richter bei Anordnung der Beweislast zunächst noch nicht, diese aber darf er gar nicht beachten.

Die bisher angedeuteten Grundsätze über die Frage von der Beweislast finden sich der Sache, wenn auch nicht dem Ausdruck nach, grade so in den gemeinrechtlichen Quellen. Die scheinbar verschiedenen Regeln, welche da angegeben werden, enthalten immer nur ein und dasselbe Princip. So heißt es dort: „Semper necessitas probandi ei incumbit, qui agit"*) d. i. wer als Kläger eine Rechtsbehauptung vorbringt, muß diese (intentio) beweisen, und dies geschieht durch die Bewahrheitung solcher Thatsachen, welche den gesetzlichen Grund jenes Rechts ausmachen. Aber diese Nothwendigkeit trifft ihn nicht, weil er Kläger ist**), sondern weil er als solcher ein Recht gegen den Beklagten geltend machen will. Denn es heißt ferner: „In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere, ipsumque exceptionem velut intentionem implere"***) d. h. auch der Beklagte kann

*) L. 21 D. de probat.

**) Diese Eigenschaft verpflichtet ihn nur, zuerst mit seiner Beweisführung hervorzutreten (L. 19 C. de probat.)

***) L. 19 pr. D. eod. Dasselbe, was hier speciell von der exceptio gesagt ist, gilt auch von den nicht exceptivischen Einreden des Beklagten (L. 1 C. de probat. Ut creditor, qui pecuniam petit nume-

selbständige rechtliche Behauptungen aufstellen, durch welche er, selbst unter der Voraussetzung, daß der Kläger sein Klagrecht begründet, die gegenwärtige Nichteristenz oder Unwirksamkeit dieses Rechts gegen ihn zu erweisen vermag. Dann muß er aber diejenigen Thatsachen bewahrheiten, welche juristisch den Grund der opponirten Rechtsbehauptungen bilden. Dies bezieht sich gleichfalls auf den Kläger als Replikanten, auf den Beklagten als Duplikanten u. s. f. Nichts anderes sagt endlich auch die Regel: „Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat"*). Das bloße Negiren ist für sich bebedeutungslos, und gar kein selbständiges Behaupten, mag es vom Kläger (z. B. als anticipirte Erwiederung auf die erwarteten Einreden) oder vom Beklagten ausgehen. Das Läugnen bezieht sich bloß auf die vom Gegner zur Begründung seiner Intention behaupteten Thatsachen, und wird darum auch passend „negative Einlassung" genannt. Die bloße Negation ist nicht ihrer selbst willen, sondern nur deswegen von juristischer Bedeutung, weil der Richter dadurch die Ueberzeugung gewinnt, daß der Gegner des Läugnenden die von

---

ratam, implere cogitur, ita rursum debitor, qui solutam affirmat, ejus rei probationem praestare debet). Hier ist bloß die Einrede der Zahlung genannt, welche bekanntlich keine eigentliche Exceptio ist. Aber die Bestimmung bezieht sich auf jede mögliche Einrede dieser Art.

*) L. 2 D. eod. Was hier „dicere", heißt in anderen Stellen „factum adseverare", und bezeichnet das selbständige Behaupten von Thatsachen im Gegensatz des negare: L. 23 C. eod. Actor, quod adseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit. L. 10. C. de non num. pec. — cum inter eum, qui factum adseverans onus subiit probationis, et negantem numerationem (cujus naturali ratione probatio nulla est), et ob hoc ad petitorem ejus rei necessitatem transferentem, magna sit differentia. Dieselbe Regel enthält auch L. 8 C. de probat. Frustra veremini, ne ab eo, qui lite pulsatur, probatio exigatur. Sie spricht von einem Beklagten, welcher bloß als Angegriffener (lite pulsatus), nicht als selbständig Behauptender und dadurch selbst Angreifender auftritt. In letzterer Eigenschaft kann und muß auch von ihm Beweis verlangt werden. Vgl. C. 11 X de probat. C. 23 X de elect. et elect. postest.

ihm behaupteten Facta beweisen muß. Also der Satz: wer eine Rechtsbehauptung aufstellt, muß ihre thatsächliche Wahrheit, ihr factisches Fundament beweisen, ist materiell gleichbedeutend mit dem anderen: der bloß Läugnende braucht nicht die Unwahrheit der geläugneten Thatsachen zu beweisen, sondern nöthigt den Gegner zum Beweis ihrer Wahrheit *). Jeder aber, welcher eine für sich in Betracht kommende, einen selbständigen Einfluß auf die Entscheidung des Rechtsstreits ausübende factische Behauptung aufstellt, muß dieselbe beweisen, gleichviel ob sie affirmativ oder negativ gefaßt, ob sie vom Kläger oder Beklagten vorgebracht wird **).

Nach den angegebenen Grundsätzen ist nun die Operation des über die Beweislast entscheidenden Richters folgende:

1) Zunächst untersucht er, welchen practischen Zweck der

---

*) Umgekehrt befreit das Geständniß den Gegner von dem Beweis seiner factischen Behauptungen. Das Geständniß hat darum beweisende Kraft, weil es die freie Anerkennnng der eigenen Verbindlichkeit und des Rechts des Gegners involvirt. An sich würde es nicht die Wahrheit der vom Gegner angeführten Facta beweisen können, wenn nicht diese Facta immer zugleich eine Rechtsbehauptung enthielten, und hier, im privatrechtlichen Gebiet, das Zugestehen nicht durchaus von dem Willen des Angegriffenen abhinge.

**) Die Entscheidung der bestrittenen Frage, ob eine Verneinung vom Verneinenden selbst oder ihr affirmatives Gegentheil von dem Gegner desselben bewiesen werden müsse, hängt davon ab, daß man das bloße Läugnen von einer selbständigen verneinenden Behauptung unterscheidet Die Unentschiedenheit der Theorie rührt theils daher, daß man sich in der Terminologie nicht einig ist, indem man den Ausdruck „Verneinung" bald auf das bloße Negiren, bald auf das negative Behaupten bezieht, theils auch daher, daß man das Läugnen des Rechts des Gegners mit dem Läugnen der für dieses Recht relevanten Thatsachen vermengt. Denn jenes d. i. das Bestreiten des Rechts kann auch geschehen ohne Läugnung oder wenigstens ganz abgesehen von der Läugnung des historischen Grundes, nämlich durch Einreden. Grade dies soll festgehalten werden, daß der Verneinende immer dann selbst beweisen muß, wenn die negative Behauptung den Grund einer das Recht des Gegners elidirenden Einrede ausmacht, daß dagegen die Verneinung dann dem Gegner den Beweis des Gegentheils zur Pflicht macht, wenn das, was verneint worden ist, juristisch zum Grunde des von jenem behaupteten Rechts gehört. Beispiele hierfür weiter unten.

Kläger in dem in seiner Klagschrift enthaltenen Antrag verfolgt, und stellt

a) sich die Frage: was ist gesetzlich der Grund dieser vom Kläger geforderten Rechtswirkung? welche Thatsachen gehören dazu, um die Realisation einer solchen Wirkung vom Richter verlangen zu können? mit anderen Worten, was für eine actio hat der Kläger hier geltend gemacht? Das Resultat dieser juristischen Operation ist die Ueberzeugung davon, welche Thatsachen zur Begründung des vom Kläger behaupteten Rechts erforderlich sind. Es ist durchaus nothwendig, daß der Richter hier von dem Inhalt der ferneren Partheivorträge vorläufig abstrahirt, und nur die factischen Momente ausmittelt, welche ihn, abgesehen von den fernerweitigen Partheibehauptungen, zu einer Entscheidung im Sinne des klägerischen Antrags zu bestimmen vermöchten. Aus den Anführungen des Beklagten kann er weder die juristische Natur der angestellten Klage, noch auch die zum Gegenstand der Beweisführung des Klägers zu machenden factischen Momente erkennen, wohl aber wird es ihm umgekehrt erst möglich, aus dem Wesen der concreten Klage die Anführungen des Beklagten zum Behuf der Anordnung der Beweislast gehörig zu würdigen. Hat der Richter nach Erwägung der factischen Behauptungen des Klägers (und nach Ausscheidung der etwa von ihm vorgetragenen irrelevanten und der zur Replik gehörigen Thatsachen) die Prüfung der Frage „an actio sit fundata" vollendet, dann erst kann er

b) die Frage sich vorlegen, ob er jetzt schon eine hinreichende juristische Ueberzeugung von der Wahrheit der zum Klagfundament gehörigen Facta habe (actio an sit probata). Diese Untersuchung kann er regelmäßig nicht ausführen, ohne zugleich

2) den Inhalt des ersten Vortrags des Beklagten zu erwägen. Findet sich hier nämlich ein Geständniß des historischen Grundes der Klage oder auch nur eines Theils desselben, so bedarf es in Betreff des Eingeräumten keiner Beweisführung.

Aber auch erst jetzt, nachdem der Richter die Natur der Klage erkannt, kann er urtheilen, ob ein juristisch relevantes Geständniß vorliege, und kann er in der Partheischrift des Beklagten das bloße Negiren von der wirklichen Einrede gehörig unterscheiden. Um dies bestimmter darzulegen, muß das mögliche Verhalten des Beklagten dem Kläger gegenüber erwogen werden. Der Beklagte kann nämlich

a) den Rechtsanspruch des Klägers läugnen, bestreiten. Dieser Widerstreit kann sich in verschiedener Weise äußern, nämlich:

aa) Durch negative Einlassung auf die Klage. Ob die Erwiederung des Beklagten die Natur einer bloßen Negation hat, muß der Richter daraus erkennen, daß sich seine verneinenden Aeußerungen auf solche factischen Behauptungen des Klägers beziehen, welche juristisch zur Begründung des Rechtsanspruchs gehören. Den Beweis solcher zweifelhaft gelassenen Facta muß er dann dem Kläger auferlegen.

bb) Dadurch, daß er die juristische Relevanz der factischen Behauptungen des Klägers bestreitet, d. h. läugnet, daß dieselben gesetzlich den Grund der von ihm geforderten Rechtswirkung ausmachen. Dies geschieht durch eine s. g. rechtliche Gegendeduction. Hier kann natürlich eine Beweisauflage gar nicht vorkommen, da die Wahrheit oder Unwahrheit der vom Kläger behaupteten Thatsachen als ganz unerheblich hier bei Seite gestellt wird.

cc) Dadurch, daß er Einreden vorschützt. Wenn der Beklagte solche Gründe beibringt, aus welchen erhellt, daß, ganz abgesehen von der factischen Existenz des vom Kläger angeführten Klagfundaments, das behauptete Klagrecht gegen ihn jetzt gar nicht bestehe oder juristisch nicht wirksam seyn könne, so sind das wahre Einreden (vgl. S. 183 u. 184). Hier hat nun der Richter ganz die nämliche Arbeit, wie bei der Prüfung des Klaganspruchs, und muß schließlich dem Beklagten den Beweis aller der factischen Momente

auferlegen *), welche juristisch das Fundament der opponirten Einreden ausmachen. Dieselbe Operation wiederholt sich bei der Replik- und Duplikschrift.

---

*) Um aber die zu den Einreden gehörigen factischen Behauptungen von anderen in der Exceptionsschrift vorkommenden Anführungen zu unterscheiden, muß der Richter durchaus selbständig den Sachgehalt prüfen, und den Inhalt der Exceptionsschrift mit der concreten Natur der angestellten Klage vergleichen, ohne sich durch die Ausdrücke, deren sich die Parthei bedient, irre machen, und z. B. eine Behauptung darum für eine Einrede gelten zu lassen, weil Jene sie so benennt. Beispiele, welche zur Erläuterung dieser ganzen Lehre dienen, sind folgende: Die s. g. exceptio non impleti contractus ist stets eine wahre Exceptio, und nur ihrem factischen Inhalt nach, nicht aber juristisch von der s. g. exceptio non rite impleti contractus unterschieden. Technisch ausgedrückt, ist sie eine exceptio doli. Nie wird dadurch bei zweiseitigen Obligationen bloß dasjenige geläugnet, was zum Fundament der Klage gehört. Der Verkäufer z. B., um seine auf Leistung des Kaufpreises angestellte Klage zu begründen, braucht sich bloß auf den geschlossenen Contract zu berufen, wodurch der Käufer versprochen hat, die eingeklagte Summe zu zahlen, braucht also auch nur die Perfection dieses Vertrages, wenn der Beklagte das geläugnet hat, zu beweisen. Aber allerdings kann er diese Klage nicht wirksam durchführen, wenn ihm vorgeworfen werden kann, daß er seinerseits den vollen Inhalt des Vertrages nicht beachtet, und das, was ihm der nämliche Contract zu leisten auferlegt, gar nicht oder nicht gehörig erfüllt habe. Es ist dolus, daß er die Leistung welche er allerdings an sich zu fordern berechtigt ist, wirklich vom Beklagten fordert, ohne selbst erst geleistet zu haben, und diesen dolus wirft ihm der Beklagte in seiner Einrede vor. Die exceptio doli muß aber immer vom Excipienten erwiesen werden. (L. 18 § 1 D. de probat. *Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet.* Vgl. S. 179. 180). — Die s. g. exceptio legis Anastasianae ist eine wirkliche Exceptio, und muß darum von dem excipirenden debitor cessus bewiesen werden. Der Cessionar macht gegen den Schuldner nicht bloß eine Fordrung, sondern eine cedirte Fordrung geltend, d. h. er muß nicht bloß behaupten, daß die Fordrung selbst begründet, sondern auch, daß sie ihm, sowie er sie nach Art und Größe einklagt, cedirt worden sey. Diese beiden Momente muß er daher auch beweisen, wenn sie vom Beklagten in Abrede gestellt werden. Aber es ist allerdings möglich, daß er die Fordrung, so wie er sie einklagt, doch nicht gegen den Beklagten durchsetzen kann, wenn nämlich die cedirte und eingeklagte Summe größer ist, als der Kaufpreis, welchen er für die Ueberlassung der Fordrung gezahlt hat. Wohl kann ihm die Fordrung auf die ganze

b) Der Beklagte kann den Rechtsanspruch des Klägers völlig einräumen, entweder ausdrücklich, oder stillschwei=

---

Summe, wenn er selbst auch weniger dafür zahlt, cedirt werden, und er kann mit Grund das ganze Object einklagen, aber er kann diese Klage nicht durchführen, wenn der Beklagte sich darauf beruft, daß Kläger (gegen die Anastasische Verordnung L. 22. 23 C. mandat.) weniger für die Fordrung gegeben, als er jetzt einklage. Das aber ist eben der Begriff der Exceptio, daß sie die practische Wirksamkeit eines begründeten und an sich geltend zu machenden Rechts aufhebt (vgl. S. 176—181). — Die Entscheidung der Frage, welcher der streitenden Partheien die Beweisführung obliege, wenn es zweifelhaft ist, ob ein entstandener Schaden durch Schuld oder Zufall veranlaßt ist, hängt von der Unterscheidung ab, ob aus einem Vertragshältniß geklagt wird oder nicht. Im ersten Fall braucht der Kläger sich nur auf den geschlossenen Vertrag zu berufen, wodurch der Beklagte zur Leistung oder Rückleistung einer Sache, zur Ausführung eines Geschäfts u. s. w. verpflichtet wird. Aus dem Vertrage folgt immer von selbst (als tacite mitversprochen, als ein naturale negotii) die Pflicht des Obligirten zu einem bestimmten Grad der Sorgfalt und Kraftanstrengung, um das versprochene Object zu leisten und den Schaden des Berechtigten zu verhüten. Beruft sich der Kläger in seinem Vortrag ausdrücklich darauf, daß sein Gegner den ihm juristisch obliegenden Fleiß nicht angewandt, und dadurch den Schaden veranlaßt habe, so gehört dies nicht zur Begründung der Klage, sondern ist eine anticipirte Replik, welche der Richter bei Anordnung der Beweislast zunächst noch nicht berücksichtigen darf. Der Beklagte dagegen, um sich von der Klage zu befreien, muß sich darauf berufen, daß er z. B. alle Sorgfalt, welche das Rechtsverhältniß von ihm verlangt (gleichviel ob er darnach zur Vermeidung von lata oder levis culpa obligirt ist), angewandt habe, daß nicht zu vermeidende äußere Ereignisse den Schaden veranlaßt haben u. s. w. Diese Exceptio der Schuldlosigkeit muß er dann beweisen. Darauf erst liegt es dem Kläger als Replikanten ob, darzuthun, daß der Beklagte durch culpose Verzögerung der Leistung u. s. w. dennoch die Unmöglichkeit der Erfüllung herbeigeführt habe. Ein solcher Einwand des Klägers in der Replikschrift ist freilich keine eigentliche Replik, sondern eine durch Anführung positiver Thatsachen unterstützte Läugnung der behaupteten Schuldlosigkeit des Beklagten. Beweist er diese Thatsachen, so ist das ein eigentlicher oder directer Gegenbeweis, nicht Beweis einer Replik. (L. 19 § 1 D. de probat. Cum quis p r o m i s i s s e t judicio se sisti et Reipublicae causa afuisse dicat et ob id non stetisse, vel dolo malo adversarii factum, quominus sisteretur, vel valetudinem sibi impedimento fuisse, vel tempestatem, probare eum id oportet. L. 5 C. de . gerat. act. L. 9 § 4 D. locat. L. 27 § 2 D. mandat. vgl. m.

gend dadurch, daß er die Wahrheit des factischen Klaggrundes eingesteht.

---

L. 6 § 1. L. 23—25 eod. L. 21. C. eod.). — Dieselbe obligatio ad diligentiam, welche die selbstverständige Wirkung eines Vertrages ist, kann auch unmittelbar durch die That (re, ipso facto) begründet werden, oder von selbst aus der Natur eines bestehenden Rechtsverhältnisses folgen. So kann der negotiorum gestor bloß deshalb, weil er fremde Geschäfte geführt hat, mit der actio negotiorum gestorum directa belangt werden. Er ist von selbst verpflichtet, bei einer solchen Geschäftsführung die Sorgfalt eines homo frugi anzuwenden, und behauptet er gegen jene Klage, zu der von ihm geforderten Leistung nicht pflichtig zu seyn, weil er die möglichste Diligenz beobachtet habe, so ist das eine selbständige Behauptung, deren thatsächliches Fundament von ihm selbst erwiesen werden muß (L. 6 § 1 D. mandat.). — Die vormundschaftliche Behörde, welche die vom Vormund gestellten Bürgen annimmt, ist dadurch von selbst verpflichtet, für die Tüchtigkeit d. h. Zahlungsfähigkeit dieser Bürgen zu haften. Der Pupill kann daher schon hieraus gegen jene Behörde klagen, wenn sich findet, daß die Bürgen wirklich untüchtig sind. Diese dagegen kann den Einwand, daß sie in dieser Angelegenheit allen Pflichten einer aufmerksamen Obervormundschaft nachgekommen (oder negativ gefaßt: daß sie nicht indiligent gewesen), nicht als bloßes Läugnen, sondern nur als selbständige Behauptung geltend machen, welche von ihr bewiesen werden muß (L. 1 l D. de probat.). — Zur Begründung einer Klage gegen den Erben auf Erfüllung eines legatum rei alienae gehört die Behauptung und der Beweis, daß der Erblasser diese Eigenschaft der legirten Sache gekannt habe. Man muß voraussetzen, daß der Testator, wenn er diese Beschaffenheit der Sache gewußt hätte, als bonus paterfamilias darüber im Testament sich geäußert haben würde. Denn regelmäßig will er natürlich nur aus seinem eigenen Vermögen legiren, und präsumtiv hat er vorausgesetzt, daß die legirte Sache zu seinem Vermögen gehöre (§ 4 J. de legat. — forsitan enim, si scivisset alienam rem esse, non legasset —). Darum muß der klagende Legatar jenen Beweis führen, und der Beklagte, welcher behauptet, der Erblasser habe jene Eigenschaft der Sache nicht gekannt, läugnet bloß ein zum Klagfundament juristisch gehöriges Moment. — Die Klage des enterbten Notherben gegen den scriptus heres gründet sich auf die Thatsache der Notherbenqualität und der Enterbung des Klägers, welches Beides Dieser daher beweisen muß. Der Testamentserbe dagegen, will er seine Einsetzung aufrecht halten, muß behaupten, daß das Notherbenrecht des Klägers, wenn auch an sich vielleicht begründet, doch gegen ihn unwirksam sey, weil Kläger einen im Testament genannten gesetzlichen Enterbungsgrund sich habe zu Schulden kommen lassen. Dies ist eine wahre Exceptio, daher

c) Der Beklagte kann das vom Kläger behauptete Recht beschränkt einräumen, oder, was dasselbe ist, beschränkt

---

von ihm selbst zu erweisen (Nov. 115 c. 3. § 14 — et scripti heredes nominatam vel nominatas causas vel unam ex his veram esse monstraverint —). — Jemand klagt mit der hereditatis petitio gegen den Besitzer einer Erbschaft, und behauptet, daß er ein Intestaterbrecht habe, und daß das über diesen Nachlaß errichtete Testament fehlerhaft, auch der Beklagte nicht im Testament eingesetzt sey. Der beklagte Testamentserbe läugnet dies alles. Hier darf der Richter dem Kläger zunächst nur den Beweis seines Erbrechts, und erst dann, wenn der Beklagte seine Instituirung nachgewiesen, auch den Beweis der Fehlerhaftigkeit des Testaments auflegen. Die Behauptung der Vitiosität des Testaments war nämlich eine anticipirte Replik, und die andere, daß der Besitzer nicht Erbe sey, ein anticipirtes Läugnen einer zur Begründung einer Exceptio gehörigen Thatsache. Giebt der Kläger aber von Anfang die Errichtung des Testaments und die gehörige Einsetzung des Beklagten zu, so kann er sich auf sein bloßes Intestaterbrecht nicht mehr berufen, sondern muß sich auf irgend einen Rechtsgrund, welcher die Nichtigkeit oder juristische Unwirksamkeit des Testaments darlegt, gründen (L. 11 C. de probat.). — Um mit der hereditatis petitio auftreten zu können, bedarf es nur des Beweises, daß man in einem zur Begründung eines Intestaterbrechts genügenden Verwandschaftsverhältniß zum Erblasser stehe, nicht aber sogleich, daß ein Testament nicht vorhanden oder der Beklagte nicht so nahe dem Verstorbenen verwandt sey. Nur wenn der Beklagte den Beweis der näheren Verwandschaft geführt, muß der Kläger, um durchzudringen, die gegentheilige Behauptung durch Führung eines directen Gegenbeweises bewahrheiten. — Wer eine durch Vertrag verabredete Leistung einklagt, braucht nichts weiter, als die zu dem bestimmten Vertrag gehörigen juristischen Erfordernisse, nicht aber außerdem noch zu beweisen, daß der Vertrag durch mutata voluntas später nicht wieder aufgehoben, oder daß die Leistung wirklich unerfüllt geblieben sey, selbst dann nicht, wenn er zufällig und unnöthiger Weise diese beiden Behauptungen aufgestellt hat. Vielmehr sind dies Einreden des Beklagten, wodurch Dieser das an sich begründete Recht des Klägers aufhebt, und welche er durch den Beweis besonderer Thatsachen begründen muß (L. 22 D. eod. Eum qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debere. L. 1 C. eod.). — Wer die Verjährung einer gegen ihn geltend gemachten Fordrung behauptet, muß diese Exceptio beweisen. Aber es genügt zu ihrer Begründung, wenn er darthut, daß von dem Entstehungstag der Fordrung bis zur Anstellung der gegenwärtigen Klage die gesetzliche Verjährungsfrist abgelaufen sey, und er braucht nicht zu beweisen, daß diese Frist nicht unterbrochen worden. Der Kläger vielmehr, wenn

läugnen. Das s. g. qualificirte (beschränkte) Geständniß, wenn man es bezieht auf die wirkliche Durchsetzung der Rechtsbehauptung des Klägers, ist vielmehr ein bloßes Läugnen oder Bestreiten derselben, und eine Auflösung dieses Geständnisses in seine einzelnen Bestandtheile ist in dieser Beziehung durchaus überflüssig, und der Intention des Beklagten widersprechend. Denn mag der Inhalt des Gestandenen seyn, was er will, so hat doch die mit dem Geständniß verknüpfte Limitation immer den Zweck, die Realisation des behaupteten Rechts zu verhindern. Es ist sogar möglich, daß der Beklagte

---

er in seiner Erwiedrung den Grund der Exceptio läugnet, kann gegen die bezeichnete Beweisführung den directen Gegenbeweis dadurch liefern, daß er Thatsachen nachweist, aus welchen die wirkliche Unterbrechung der behaupteten Verjährung folgt, und zugleich die Unwahrheit des vom Beklagten angeführten Exceptionsgrundes zu ersehen ist. (Aus dem Inhalt des Gegenbeweises folgt nämlich, daß es falsch war, wenn der Beklagte bis zum Anfang des obschwebenden Rechtsstreits, und nicht bis zu der vom Kläger nachgewiesenen schon früher versuchten gerichtlichen Geltendmachung der Fordrung rechnete.) Des Klägers Erwiederung ist also keine eigentliche Replik, sondern eine einfache Negation, welche aber durch positive Thatsachen gegen den schon geführten Beweis unterstützt und begründet werden kann. — Von einem bonus paterfamilias muß man voraussetzen, daß er eine ausdrücklich zum Zweck der Tilgung einer Schuld gegebene Zahlung nicht, ohne wirklich rechtlich dazu verpflichtet zu seyn, geleistet haben würde. Gründet er dennoch seine Rückforderungsklage (condictio indebiti) auf die Behauptung, daß er dem Beklagten nichts schuldig gewesen, so verlangt man von ihm mit Recht, daß er die Entschuldbarkeit seines Irrthums, und natürlich auch die Nichtexistenz der Schuld beweise. Der Beweis dieser Negative ist weder unmöglich, noch immer schwierig. Denn es handelt sich hier nicht von dem Beweis, daß er überhaupt nicht Schuldner des Gegners sey, sondern von einer nach allen ihren concreten Eigenschaften bestimmt bezeichneten, auf bestimmte Thatsachen gegründeten Schuld, deren Nichtexistenz er behauptet. (L. 25 pr. D. h. t. — Sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias, dicat autem non indebitas ei fuisse solutas, praesumtionem videlicet pro eo esse, qui accepit, nemo dubitat. Qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias jactet, et indebitas effundat, et maxime si ipse, qui indebitas dedisse dicit, homo diligens est, et studiosus paterfamilias, cujus personam incredibile est in aliquo facile errasse —).

seinem Gegner die Begründetheit seines Rechts an sich zugiebt, und nur (nämlich durch eine Exceptio) die Wirksamkeit desselben gegen ihn (den Beklagten) bestreitet; die Erwiederung hat hier also im Ganzen doch den Zweck, die concrete Wirklichkeit des Rechts zu läugnen. Diese Beziehung des qualificirten Geständnisses auf das juristische Endresultat des Rechtsstreits ist es, welche der Ansicht derjenigen Theoretiker unbewußt zum Grunde liegt, welche die Unmöglichkeit oder Unbilligkeit der Auflösung desselben in seine Bestandtheile behaupten. Aber es ist leicht einzusehen, daß grade diese Beziehung eine gleichgültige ist, welche practisch gar nicht in Betracht kommt, und worauf man keine Folgerungen für die Frage von der Beweislast bauen darf*). Denn von selbst

*) Z. B. der Beklagte behauptet gegen die Klage auf Rückzahlung eines Darlehns: „ich bin dir nichts mehr schuldig". Dies ist, bezogen auf das endliche bezweckte Resultat, so gut als hätte er gesagt „ich bin dir nichts schuldig", denn für die Entscheidung des Richters kommt es nicht auf den früheren, sondern auf den gegenwärtigen Rechtszustand des Beklagten an. In dieser Beziehung kann also der Beklagte jegliche Scheidung seiner Antwort in ihre Bestandtheile sich verbitten. Aber es ist sehr falsch, daraus etwa abzuleiten, daß der Beklagte nun, „weil er einfach das Recht seines Gegners geläugnet habe", ganz frei vom Beweise sey. Denn hierfür kommt es allerdings auf die Bestandtheile seiner Aeußerung d. h. darauf an, auf welchem Wege eigentlich der Beklagte sein Bestreiten der Rechtsbehauptung durchzuführen gedenkt. Hätte er einfach gesagt: „ich bin dir nichts schuldig", so würde der Richter daraus bloß erkennen können, daß er den Grund der Klage läugne, und der Kläger würde den Beweis desselben übernehmen müssen. Aber jener wirklich gebrauchte Ausdruck kann nicht anders gedeutet werden, als daß er ihm wirklich schuldig gewesen, aber durch irgend ein juristisch relevantes Ereigniß später diese Schuld aufgehört habe. Dies ist eine wahre Einrede, und der Beklagte muß nun ohne Zweifel ihren (auf irgend eine Art von ihm näher bezeichneten) factischen Grund beweisen. Es ist keine Ungerechtigkeit gegen den Beklagten, daß hier eine so nachtheilige Wirkung für ihn eintritt, denn sie geht aus der Interpretation der von ihm selbst gerichtlich d. h. ernstlich gebrauchten Ausdrucksweise hervor. Mann kann nicht behaupten, der Kläger müsse in diesem Fall doch wenigstens auch den Beweis seines Klagfundaments übernehmen, denn jener Ausdruck kann einmal nicht anders gedeutet

versteht es sich, daß jedes nicht reine Einräumen des gegnerischen Rechts ein Bestreiten desselben ist. Worauf es für die vorliegende Frage ankommt, ist die Untersuchung über die Art, wie, und die Mittel, wodurch der Beklagte das Recht seines Gegners in dem qualificirten Geständniß bestreitet. Hier ist die Auflösung desselben in seine Bestandtheile nicht bloß möglich, sondern auch nothwendig, um die Beweislast im einzelnen Fall reguliren zu können *).

Der Richter, welcher aufmerksam den Inhalt der Erwiederung des Beklagten prüft, und ihn mit dem Inhalt der Klage vergleicht, wird zu folgenden Distinctionen gelangen:

1) Der Beklagte gesteht solche factische Momente, welche eine wesentliche Voraussetzung des Klagrechts ausmachen, läugnet aber schlechthin andere ebenfalls zur Begründung des Klagrechts gehörige Thatsachen. Hier muß er dem

---

werden, als daß der Beklagte die Begründetheit der Schuld als solche einräumt, und nur ihre gegenwärtige Geltendmachung bestreitet.

*) Einige Juristen haben mit Recht den Ausdruck „qualificirtes Geständniß" nicht passend gefunden für den Fall, wo die Limitation des Geständnisses eine wahre Einrede enthält. Es ist richtig, daß der Begriff des Geständnisses juristisch nur auf solche Thatsachen sich bezieht, welche den Grund des vom Gegner behaupteten Rechts ausmachen, daß also auch die Beschränkung eines solchen Geständnisses eigentlich nur darin bestehen kann, daß der Beklagte einen Theil der individuellen ratio actionis läugnet: denn die Einrede läßt sich auf den Grund der actio gar nicht ein, sondern behauptet jedenfalls, abgesehen von der Richtigkeit ihrer Begründung, die Unstatthaftigkeit der Klage. Allein es ist ganz unpassend, aus diesem, wenn auch richtigen, Begriff des qualificirten Geständnisses Einwendungen gegen die Theorie der Gegner über den Beweis bei dem qualificirten Geständniß herzunehmen, wenn man weiß, daß diese den Begriff in einem weiteren, obgleich uneigentlichen, Sinn nehmen. Man hat sich einmal in der Theorie so ziemlich darüber verständigt, dasjenige Geständniß ein qualificirtes zu nennen, welches durch Einmischung und Anfügung irgend eines (gleichviel in welcher Form ausgedrückten) Zusatzes aufhört, ein reines Geständniß zu seyn, und dadurch die juristischen Wirkungen vermeidet, welche die unmittelbare Folge des einfachen Geständnisses seyn würden.

Kläger den Beweis der in Abrede gestellten factischen Behauptungen auferlegen.

2) Der Beklagte räumt ein zur Voraussetzung des Klagrechts gehöriges Moment ein, verknüpft aber damit eine Gegenbehauptung, wodurch er implicite einen wesentlichen Theil des Klagfundaments läugnet. Dieses Behaupten kann nun nie die Folge haben, daß der Kläger den Beweis der Negative d. h. der Unwahrheit der positiven Behauptungen des Beklagten führen müßte, sondern er braucht nur die von ihm selbst behaupteten zur Begründung seiner Klage juristisch gehörigen Thatsachen zu bewahrheiten. Aber erst wenn der Kläger diesen Beweis geliefert hat, ist für den Beklagten die juristische Nothwendigkeit vorhanden, die Wahrheit seiner positiven Behauptungen darzuthun, aus welcher von selbst die Unwahrheit der gegnerischen Darstellung des Sachverhältnisses hervorgeht. Dies macht juristisch den Inhalt eines s. g. eigentlichen oder directen Gegenbeweises aus. In jenem erstgenannten Fall (sub 1) sagt der Beklagte: „Deine Darstellung der Sache ist falsch; beweise, daß sie wahr ist." Hier dagegen sagt er: „Deine Darstellung ist falsch; versuche du erst den Beweis derselben, dann will ich dir beweisen, daß es sich anders damit verhält.„ Er verlangt aber nicht etwa: „Beweise die Wahrheit deiner Erzählung und zugleich die Unwahrheit der meinigen", oder: „beweise die deinige dadurch, daß du die Unwahrheit der meinigen darthust". Die richtige Vertheilung der Beweislast hängt ganz besonders davon ab, daß der Richter auf solche im Vortrag des Beklagten enthaltene Thatsachen, welche zum Inhalt eines eigentlichen Gegenbeweises gehören, aufmerksam ist. Eine Menge von Streitigkeiten, welche in dieser Lehre entstanden sind, haben grade darin ihren Grund, daß die Theorie die genaue Scheidung dieses factischen Stoffes von dem sonst möglichen Inhalt der dem Geständniß angefügten Beschränkung vernachlässigt hat. Indem man nämlich mit Recht behaupten konnte, daß dergleichen Anführungen des Beklagten keine wahren Einreden seyen, ließ man sich dadurch ohne Weiteres zu dem Satz ver-

leiten, daß dem Kläger der Beweis der Negative obliege, und zwar deswegen, weil das zur Begründung seines Klagrechts gehöre.

3) Der Beklagte räumt den factischen Grund der Klage völlig ein, bestreitet aber dennoch den daraus gegen ihn gefolgerten Rechtsanspruch dadurch, daß er seinem Geständniß solche Behauptungen anfügt, welche den Grund eigentlicher Einreden bilden. Hier braucht der Kläger gar nichts zu beweisen, und der Beklagte muß den Beweis des historischen Fundaments seiner Einreden übernehmen *). Endlich kann auch noch der complicirte

---

*) Die nächstfolgenden Beispiele sind solche, welche in der Praxis häufig vorkommen, und an welche die Theorie ihre Erörterungen in dieser Lehre anzuknüpfen pflegt: Jemand klagt auf Tradition einer Sache, Leistung einer Summe Geldes, und gründet die Klage auf einen mit dem Beklagten eingegangenen Vertrag z. B. einen Kaufcontract. Der Beklagte räumt die Abschließung des Vertrags ein, setzt aber hinzu, der Vertrag sey unter einer Suspensivbedingung geschlossen, und die bedingende Thatsache noch nicht eingetreten, folglich die Klage seines Gegners unbegründet. Hier behaupten nun viele Juristen, der Kläger müsse beweisen, daß der Handel unbedingt geschlossen gewesen; Andere: die Behauptung des Beklagten sey eine Einrede, und müsse daher von ihm selbst erwiesen werden. Auch wir meinen, daß der Beklagte die Abschließung des Nebenvertrags über die Bedingung (und zwar gleichviel, ob er behauptet, daß derselbe gleich anfangs oder erst späterhin dem Hauptvertrag hinzugefügt worden sey) beweisen muß, aber nicht deswegen, weil diese Behauptung eine Einrede, sondern, weil sie die selbständige Behauptung einer Thatsache ist, wodurch der Beklagte die Unbegründetheit der Klage darthut. Uebrigens laufen diese verschiedenen Ansichten im practischen Resultat auf eins hinaus, obgleich sie das nicht könnten, wenn man sie consequent durchführte. Die erste Ansicht giebt nämlich gemeiniglich zu, der Kläger könne den ihm obliegenden Beweis durch die bloße Vorlegung eines Documents führen, welches die Eingehung des Vertrages bezeuge, ohne der Beifügung einer Bedingung zu erwähnen. Hierdurch geräth aber jene Ansicht durchaus in Widerspruch mit sich selbst. Durch ein solches Document beweist der Kläger nur, was er selbst behauptet hat (und was nach *unserer* Meinung juristisch auch genügt), nicht aber die Unwahrheit des vom Beklagten Behaupteten, wodurch Dieser den Grund der Klage bestreitet. Denn begreiflich kann die Bedingung sehr wohl *wirklich* verabredet seyn, ohne daß das

Fall vorkommen, daß der Beklagte in dem qualificirten Geständniß den Thatbestand des Klagrechts theilweise

---

Document dessen erwähnt. Jene Ansicht gründet sich hauptsächlich darauf, daß bei einem bedingt abgeschlossenen Vertrage der Beklagte bekanntlich keine Verbindlichkeit zur Leistung habe, bevor die bedingende Thatsache eingetreten sey. Allein man beachtet 1) nicht, daß es im vorliegenden Rechtsfall ja eben in Frage steht, ob der Vertrag bedingt geschlossen sey, und daß der Inhalt der Beweisführung des Klägers nur abhängig ist von dem, was nach der juristischen Natur der Klage gesetzlich dazu gehört, um seine Anforderung zu begründen. Das Gestehen oder Nichtgestehen des Beklagten entscheidet nur darüber, ob der Kläger das, was er juristisch behaupten muß, auch beweisen müsse, nicht aber ist daraus zu ersehen, was er behaupten, also auch beweisen muß. 2) Man verwechselt unsern Fall mit dem davon ganz verschiedenen, wenn nicht über den bedingenden Nebenvertrag, sondern nur darüber gestritten wird, ob die den Hauptvertrag bedingende Thatsache eingetreten sey. Gründet sich der Kläger selbst auf einen bedingt geschlossenen Vertrag, so versteht sich, daß er ein Recht daraus nicht vor Existenz der bedingenden Thatsache prätendiren kann. In unserem Fall dagegen läugnet der Beklagte den Grund des Klagrechts durch die Behauptung der Bedingung. Dem Richter wird es erst durch den gelieferten Gegenbeweis des bedingt geschlossenen Vertrages klar, daß die Klage unbegründet ist; bis dahin mußte der Richter urtheilen, daß die durch das Geständniß bewiesene Behauptung des Klägers den Anspruch desselben begründe, und eben deshalb konnte er ihm nicht den Beweis aufbürden, daß der Vertrag nicht unter einer Suspensivbedingung geschlossen worden. Aus der obigen Erörterung geht endlich hervor, daß wir der gewöhnlichen Unterscheidung der Theorie zwischen einer Suspensiv- und Resolutivbedingung (welche der Beklagte zu seinen Gunsten geltend macht) in Betreff der Beweislast nicht beistimmen, insofern nämlich grade die Frage, ob eine solche Bedingung verabredet worden sei, streitig ist. Es versteht sich von selbst, daß wir auch hier (wie übrigens allgemein angenommen wird) dem Beklagten die Beweislast zuerkennen. — In die Lehre vom qualificirten Geständniß gehört auch die s. g. exceptio rei non sic, sed aliter gestae. (Im gemeinen Leben pflegt man das so auszudrücken: Beklagter läugnet, daß der Vertrag so, wie ihn der Kläger behauptet, geschlossen, behauptet vielmehr, daß er unter den und den Bedingungen geschlossen sey. Man meint damit die einzelnen Bestandtheile des Inhalts eines Vertrages, und es handelt sich hier nicht von Bedingungen im juristischen Sinn). Die mit dem Geständniß verknüpfte Limitation ist hier nie eine wahre Einrede, sondern entweder ein einfaches Läugnen des Klaggrundes oder ein Läugnen desselben durch selbständige Behauptung

läugnet, und zugleich eine wahre Einrede vorbringt. Der Richter muß auch hier die angegebenen Grundsätze bei

---

von Thatsachen: z. B. der Beklagte gesteht den Empfang eines Darlehns, behauptet aber, nicht 50, deren Rückzahlung der Kläger verlangt, sondern nur 30 bekommen zu haben. Gestanden sind hier 30, geläugnet der Empfang von 20, folglich trifft in dieser Beziehung den Kläger die Beweislast. — Der andere Fall ist, wenn der Kläger durch das, was er behauptet hat, seinen Anspruch an sich völlig begründen kann, der Richter aber erst durch den Beklagten die juristische Gewißheit erlangt, daß in dem ihm vorliegenden Fall das vom Kläger Behauptete und Bewiesene zur Begründung des Anspruchs nicht ausreicht. Diese Gewißheit erlangt er aber nicht durch die bloße Behauptung, sondern erst durch die erwiesene Behauptung des Beklagten, und es versteht sich von selbst, daß dem Behauptenden selbst diese Beweisführung obliegt. So kann der Kläger seinen Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Kaufsumme schon durch den Beweis begründen, daß er mit dem Beklagten einen Handel über ein Haus geschlossen, und dafür die Zahlung jener Summe bedungen. Wenn aber der Beklagte darthut, daß der Kaufvertrag nicht bloß das Haus, sondern auch noch andere Sachen, z. B. die darin befindlichen Mobilien befaßte, so zeigt er eben hierdurch, daß im vorliegenden Fall der Beweis des Klägers zur Begründung der concreten Klage nicht genügt. Dieser Beweis eines der Behauptung des Klägers widerstreitenden Inhalts des Vertrages ist ein wahrer Gegenbeweis, der deshalb dem Kläger nicht auferlegt werden kann. Auch hier müssen wir die Inconsequenz der Gegner unserer Ansicht rügen, daß sie dem Kläger den Beweis der Negative auferlegen, und dennoch einräumen, daß er denselben durch bloße Vorlegung einer Urkunde führen könne, in welcher z. B. bloß des Hauses, und keiner anderen Kaufobjecte Erwähnung geschieht. Denn auch hier behaupten wir, daß dadurch allein ein für die juristische Ueberzeugung des Richters hinreichender Beweis der Negative nicht hergestellt werde. Uebrigens ist der vorliegende nicht mit dem andern schon erwähnten Fall zu verwechseln, wo nicht über den Inhalt des Vertrages selbst gestritten wird, sondern darüber, ob der Kläger, welcher vom Beklagten eine Leistung fordert, seinerseits schon die ihm obliegende Verbindlichkeit erfüllt habe. Schon oben (vgl. S. 291) haben wir nachgewiesen, daß eine solche Gegenbehauptung des Beklagten eine wahre Exceptio ist, deren Beweis daher ihm obliegt. — Wer alle Thatsachen eingesteht, welche individuell zur Begründung einer Forderung auf ein bestimmtes Object aus einem bestimmten Vertrage, z. B. dem Kauf, gehören, der kann den Einwand, daß er bei Abschluß des Vertrages nicht sanae mentis oder noch infans gewesen, nur als Exceptio durchführen, die er also selbst beweisen muß. Denn

Vertheilung der Beweislast zur Anwendung bringen. — Uebrigens ist zu beachten, daß alles, was bisher von

---

die bewiesene Existenz der für eine bestimmte Art von Fordrung individuell wesentlichen Merkmale giebt dem Kläger einen an sich begründeten Klaganspruch, und man kann ihm nicht zumuthen, auch noch die Abwesenheit aller Mängel, welche überhaupt der Wirksamkeit eines Vertrages (d. h. abstract irgend eines, nicht des bestimmten vorliegenden) entgegenstehen, zu beweisen. Der Kläger, welcher die besonderen Voraussetzungen, welche gesetzlich dem von ihm prätendirten Recht angehören, dem Richter als bewiesen vorlegen kann, darf so lange eine ihm günstige Entscheidung erwarten, bis der Gegner solche Gründe beigebracht hat, welche darthun, daß des Klägers Argumente seine Fordrung wohl für sich (d. h. wenn der Richter nur diese Merkmale und besonderen Facta mit der gesetzlichen Voraussetzung des bestimmten geltendgemachten Anspruchs vergleicht) begründen, aber doch nicht ausreichend, wenn der Richter, wie es seine Pflicht ist, das ganze Sachverhältniß, die Summe aller das Verhältniß beider Partheien betreffenden Thatsachen erwägt. — Wer seine Klage darauf gründet, daß der Gegner ein bestimmtes Verwandschaftsverhältniß, z. B. das Kindesverhältniß zu ihm eingeräumt habe, der hat, wenn der Beklagte dies zugesteht, vorläufig genug beigebracht, um die Klage zu fundiren. Denn obgleich nicht der bloße Consens der Partheien, sondern bestimmte Gesetzesgründe z. B. eheliche Geburt, Adoption die Kindschaft juristisch hervorbringen, so gewährt doch natürlich das eigene Geständniß des Gegners dem Richter die wohlbegründete Präsumtion, daß jene gesetzlichen Gründe wirklich vorhanden sind, und es ist dann des Beklagten Sache, durch specielle Gründe jene Präsumtion zu entkräften, und die daraus abgeleiteten Folgerungen als concret unwahr nachzuweisen (L. 14 C. de probat. Non nudis adseverationibus, nec ementita professione (licet utrique consentiant), sed matrimonio legitimo concepti vel adoptione solenni, filii civili jure patri constituuntur. Si itaque hunc, contra quem supplicas, alienum esse probare confidis, per te vel per procuratorem adfirmationem ejus falsam detege. L. 15 D. eod.). — Ein Beklagter gesteht, eine versiegelte Summe Geldes vom Kläger empfangen zu haben, aber nicht, wie dieser behauptet zum Darlehn, sondern zum Depositum. Zugleich behauptet er, daß er das Geld ohne seine Schuld verloren habe, folglich zum Ersatz nicht verpflichtet sey. Hier braucht der Kläger nicht den doppelten Beweis zu führen, daß er das Geld zum Darlehn, und nicht zur Aufbewahrung gegeben, sondern ihm liegt bloß der Beweis seiner eigenen Behauptung ob, weil sie vollkommen die Klage auf Rückzahlung begründet. Dagegen muß der Beklagte den Beweis des Depositum (und das ist ein directer Gegenbeweis, weil er durch diese Behauptung den Grund

dem Verhältniß des Beklagten zur Klage gesagt ist, eben so von dem Kläger als Replikanten in seinem Verhältniß zur Exceptio gilt u. s. f.

### C. Vom rechtskräftigen Urtheil.

Der nach seiner juristischen Individualität durch die Litiscontestation, und nach seinem factischen Inhalt durch die Beweisführung fixirte Rechtsstreit wird entschieden durch die res judicata. Sie macht das rechtliche Daseyn oder Nichtdaseyn des Rechtsanspruches, wie er nach Grund, Object, und den Subjecten des Rechts und der Verbindlichkeit der Gegenstand richterlicher Beurtheilung geworden ist, unveränderlich gewiß. Ueber den Begriff, die formellen Erfordernisse und den Umfang der Rechtskraft eines Urtheils haben wir an verschiedenen Orten (vgl. S. 42—45 u. S. 249—261) schon gehandelt. Nur die subjective Beziehung der res judicata ist noch unerörtert geblieben, d. i. die Frage, unter welchen Personen das durch ein rechtskräftiges Urtheil hervorgerufene concrete Recht Gültigkeit habe, für wen es ein unveränderliches Recht sey? Der entscheidende Grundsatz lautet: die res judicata äußert ihre Kraft nur bei einer juristischen Identität der Subjecte, grade so, wie sie Identität des factischen Grundes und Objects voraussetzt *).

der Klage läugnet, und zugleich den Beweis seiner Schuldlosigkeit am Verlust des Geldes übernehmen, denn dies ist eine Exceptio, weil er als geständiger Depositar zur Restitution des Objects an sich verpflichtet ist. — Nach ächt römischen Grundsätzen mußte der, welcher gestand, daß er des Klägers Sohn sey, aber die Freiheit von der väterlichen Gewalt behauptete, Letzteres als wahre Exceptio beweisen. Denn er behauptete eine Ausnahme von der in Rom herrschenden Regel der Lebenslänglichkeit der patria potestas. Der römische Richter war befugt, von der Kindschaft auf die väterliche Gewalt zu schließen, bis ihm dargethan worden, daß in dem von ihm zu entscheidenden Fall die Regel nicht zutreffe (L. 8 D. de probat.). Ob dies noch jetzt anwendbar, kann erst die Lehre von der practischen deutschen väterlichen Gewalt beantworten.

*) L. 3 D. de except. rei jud. — exceptionem rei judicatae obstare, quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur. L. 14 pr. eod. Et an eadem causa petendi, et eadem conditio personarum —. Unter den bestimmten Subjecten kann

Das stricte Recht würde hier nur die physische Identität der Subjecte, welche den Rechtsstreit geführt und bis zum Endurtheil durchgeführt haben, entscheiden lassen. Aber das Princip der Aequität sieht hier wie überall, auf das Wesen der

---

die Rechtskraft in verschiedener juristischer Form sich äußern. Als actio judicati macht sie der siegende Kläger geltend, welcher den Inhalt des gesprochenen Urtheils, die durch die res judicata geschaffene besondere obligatio judicati, wider den Condemnirten realisiren will. Ferner als exceptio rei judicatae kann die Rechtskraft sich sowohl zum Besten des Klägers als des Beklagten wirksam erweisen. Dem Beklagten steht sie zu, wenn der rechtskräftig abgewiesene Kläger den schon judicirten Rechtsanspruch wiederum gegen ihn geltend macht. Dagegen kann der Beklagte, wenn in einem Streit über ein dingliches Recht der Kläger abgewiesen worden ist, daraus keine Klage für sich ableiten. Das Urtheil entscheidet hier nur, daß der Kläger das prätendirte Recht z. B. Erbrecht, Eigenthum nicht habe, nicht aber, daß es dem Beklagten zustehe (L. 15 in f D. eod. — si vero meam non esse (hereditatem, pronunciatum est), nihil de tuo jure judicatum intelligitur, quia potest nec mea hereditas esse, nec tua). Der Kläger kann die exceptio rei judicatae in sehr verschiedenen Fällen gebrauchen: so, wenn das Urtheil günstig für den Kläger ausfällt, und der Beklagte darauf aus dem nämlichen schon abgeurtheilten Rechtsverhältniß mit einer Klage auftritt, z. B. wenn die res judicata dem Kläger das streitig gewordene Erbrecht an einem bestimmten Nachlaß zuspricht, so spricht sie es eben dadurch von selbst dem Beklagten ab (L. 15 D. l. l. — interest, utrum meam esse hereditatem pronunciatum sit, an contra: si meam esse, nocebit tibi rei judicatae exceptio, quia eo ipso, quo meam esse pronunciatum est, ex diverso pronunciatum videtur, tuam non esse —); so ferner, wenn der Beklagte dasselbe Recht durch eine Klage geltend zu machen versucht, was er früher in Form der Exceptio gegen die Klage des Gegners durchzusetzen versuchte, und damals rechtskräftig zurückgewiesen wurde (L. 19 D. eod. L. 7 § 1 D. de compensat. Si rationem compensationis judex non habuerit, salva manet petitio, nec enim rei judicatae exceptio objici potest. Aliud dicam, si reprobavit pensationem, quasi non existente debito: tunc enim rei judicatae mihi nocebit exceptio. L. 8 § 2 D. de negot. gest. L. 1 § 4 D. de contrar. tut. act.). Endlich versteht es sich von selbst, daß die Rechtskraft eines Urtheils auch in Form einer replicatio rei judicatae sich äußern kann, z. B. wenn der Beklagte die schon einmal vom Richter als unbegründet verworfene exceptio compensationis wiederum gegen eine andere Klage des nämlichen Klägers vorbringt, und sich zur Begründung derselben auf die nämlichen Thatsachen beruft. —

Sache, und haftet nicht an der bloßen Aeußerlichkeit der Person. Dies Princip äußert sich freilich nach Art der Fälle verschieden, jedoch kann man das hierher Gehörige unter einen doppelten Gesichtspunct bringen:

1) Nicht immer bezieht sich das rechtskräftige Urtheil auf die Individuen, welche den Rechtsstreit unmittelbar geführt haben. Denn nach den herrschenden Proceßgrundsätzen kommt auf die physische Individualität der streitenden Personen nichts mehr an, sondern nur darauf, welche Subjecte den Proceß juristisch wirklich führen. Mit anderen Worten: das processirende Subject kann jetzt durch einen Andern gültig vertreten werden, welcher die Proceßhandlungen unmittelbar vornimmt, und das Urtheil wird jetzt nicht mehr auf Diesen, sondern unmittelbar auf den Repräsentirten bezogen. Eine solche Repräsentation wird hervorgebracht für Minderjährige durch ihren Vormund, für Gemeinheiten durch ihre Vorsteher, für jeden Andern durch voraufgehendes Mandat oder nachfolgende Genehmigung einer ohne Auftrag vollzogenen Proceßführung*).

2) Die res judicata trifft nicht bloß das Subject, welches in eigenem Namen processirt hat, sondern

a) auch den Singularsuccessor, und zwar activ und passiv. Wenn nämlich ihm nicht die exceptio rei judicatae seines Auctor zustände, so würde der Nachtheil des Proceßverlustes mittelbar den Auctor treffen, wegen des gegen Diesen begründeten Regreßanspruchs: also in der

*) L. 11 § 7 D. de except. rei jud. Hoc jure utimur, ut ex parte actoris in exceptione rei judicatae hae personae continerentur, quae rem in judicium deducunt. Inter hos erunt: procurator, cui mandatum est, tutor, curator furiosi vel pupilli, actor municipum; ex persona autem rei etiam defensor numerabitur, quia adversus defensorem qui agit, litem in judicium deducit. Ein Defensor im privatrechtlichen Sinn d. h. der, welcher ohne Auftrag für einen Andern den Rechtsstreit führt, erwirbt Diesem freilich die exceptio rei judicatae auch ohne dessen erfolgte ausdrückliche Genehmigung, aber begreiflich muß diese Ratihabition speciell erfolgen, wenn diese exceptio durch die Defension gegen ihn begründet werden soll: L. 40 § 2 D. de procurat. Vgl. L. 56 D. de judic. L. 1 C. quib. res judic. non noc.

Wirklichkeit würde er der Vortheile entbehren, welche die Rechtskraft ihm gewähren soll. Umgekehrt kann der Auctor sein durch die schon begründete res judicata beschränktes Recht auch nur in dieser Beschränkung veräußern *).

b) Sie bezieht sich auch auf Denjenigen, welcher mit der besiegten proceßführenden Parthei in einem solchen Rechtsverhältniß steht, daß er zu eigener unmittelbarer Theilnahme am Proceß sich hätte veranlaßt fühlen können und müssen, und dennoch wissentlich die Proceßführung dem Anderen überlassen hat **)

Wahre Ausnahmen von der Rechtsregel „res judicata facit jus inter partes“ giebt es nicht. Die Fälle, welche

---

*) L. 28 D. de except. rei jud. Exceptio rei judicatae nocebit ei, qui in dominium successit ejus, qui judicio expertus est. Der Pfandgläubiger ist auch Singularsuccessor, und die obige Regel bezieht sich auch auf ihn, vorausgesetzt, daß die Bestellung des Pfandrechts der rechtskräftigen Sentenz nachfolgt: L. 29 § 1 L. 11 § 10 D. eod, L. 3 § 1 D. de pignorib. Per injuriam victus apud judicem rem, quam petierat, postea pignori obligavit: non plus habere creditor potest, quam habet, qui pignus dedit —. Vgl. L. 9 § 2. L. 11 § 9 D. de except. r. j.

**) L. 63 D. de re judic. Saepe constitutum est, res inter alios judicatas aliis non praejudicare. Quod tamen quandam distinctionem habet: nam sententia inter alios dicta aliis quibusdam etiam scientibus obest, quibusdam vero, etiamsi contra ipsos judicatum sit, nihil nocet —. Scientibus sententia, quae inter alios data est, obest, cum quis de ea re, cujus actio vel defensio primum sibi competit, sequenti agere patiatur, veluti si creditor experiri passus sit debitorem de proprietate pignoris, aut maritus socerum vel uxorem de proprietate rei in dote acceptae, aut possessor venditorem de proprietate rei emptae —. Cur autem his quidem sententia nocet, superioribus vero non nocet? Illa ratio est, quod, qui scit, coheredem suum agere, prohibere eum, quominus, uti velit, propria actione vel defensione utatur, non potest; is vero, qui priorem dominum defendere causam patitur, ideo propter scientiam praescriptione rei quamvis inter alios judicatae summovetur, quia ex voluntate ejus de jure, quod ex persona agentis habuit, judicatum est —. Also der stillschweigende Wille des Berechtigten bewirkt hier den mittelbaren Einfluß des unmittelbar ein anderes Subject betreffenden rechtskräftigen Urtheils auf ihn.

man gemeiniglich als Ausnahmen hinstellt, gehören meistens solchen Rechtsverhältnissen an*), wo das von einem Subject gel-

---

*) Dahin gehört: wenn ein Testamentserbe seinen Rechtsstreit mit einem Intestaterben in gehöriger Weise (d. h. nicht durch Collusion mit dem Gegner, nicht durch eigene Schuld oder Schuld des Richters) verliert, so können die in dem (durch die res judicata für ungültig erklärten) Testament bedachten Legatare weder den Testaments-, noch den Intestaterben, als Besitzer der Erbschaft, mit rechtlichem Effect belangen, denn sie müssen sich für ihr eigenes Recht nothwendig darauf berufen, daß der Testamentserbe in einem gültigen Testament instituirt worden sey, wovon aber das Gegentheil schon definitiv entschieden ist. Die Legatare, welche zur Begründung ihres eigenen Rechts ein fremdes geltend machen, müssen sich natürlich dem über dieses fremde Recht schon rechtskräftig constituirten Urtheil unterwerfen (L. 50 § 1 D. de legat. 1. L. 3 pr. D. de pignorib. L. 14 D. de appellat. L. 1 D. de except. rei jud. Die letzte Stelle handelt davon, daß das gegen den einen Singularsuccessor gesprochene Urtheil den andern nicht bindet. Hier gilt die gewöhnliche Regel: „res inter alios judicatae aliis nullum praejudicium faciunt"). — Nicht anders verhält es sich mit dem Fall, wenn Einer von zwei Miteigenthümern über eine ihrem gemeinsamen Grundstück zustehende Realservitut einen Rechtsstreit führt. Die Untheilbarkeit ihres juristischen Interesse hat hier nothwendig die Beziehung des rechtskräftigen Urtheils auch auf den Miteigenthümer zur Folge (L. 4 § 3 D. si serv. vind.). — Der Hauptfall endlich, für welchen man den Satz „res judicata facit jus inter omnes" behauptet, betrifft Rechtsstreitigkeiten über den persönlichen Zustand z. B. Paternität, väterliche Gewalt, oder nach römischen Begriffen über Ingenuität, Civität u. s. w. Die Stelle, auf welche man sich hauptsächlich beruft, L. 25 D. de statu hom., enthält nur den gewöhnlichen Satz, daß auch der als ingenuus gelte, welchen die res judicata für freigeboren erkläre (quia res judicata pro veritate accipitur). Sie sagt aber gar nichts darüber, daß er dann gegen Jedermann seine Ingenuität durch die bloße Berufung auf die res judicata behaupten könne. Nur gegen den von ihm Besiegten gilt er juristisch als ingenuus. Ferner L. 1. § 16 L. 2 L. 3 pr. D. de agnosc. et alend. liber. enthalten auch nichts, was jene Behauptung unterstützen könnte. (Wenn die Kindschaft eines filius im Streit mit dem Vater einmal rechtskräftig anerkannt ist, so versteht sich, daß dies für alle Fälle (in omnibus causis) gültig ist, deren Entscheidung von der Frage über das Rechtsverhältniß des Kindes zum Vater abhängig ist. Natürlich muß der consanguineus das auch wider sich gelten lassen, denn er streitet hier nicht über sein eigenes Recht, sondern über die Existenz oder Nichtexistenz eines ihm fremden Rechtsverhältnisses, welches nur indirect auch auf

tendgemachte Recht mit einem fremden Recht so verknüpft ist, daß der Sieg oder Verlust des Einen nothwendig zugleich den Anderen mitberührt.

---

## Viertes Capitel.

### Das practische Object.

§. 13.

Der Begriff des practischen Objects wird aufgehellt durch den Gegensatz des Rechtsobjects. Das Object des Rechts ist im practischen Recht immer der Wille und dessen Aeußerung, als positive oder negative Handlung (vgl. S. 155). Der dinglich Verpflichtete darf in eine bestimmte dem dinglichen Recht unterworfene Sphäre nicht eingreifen, und muß sich innerhalb dieser Sphäre die Activität des Berechtigten gefallen lassen: so muß er bei der Servitut die Dienstbarkeit der Sache dulden, und darf in das dem Recht unterworfene Benutzen und Gebrauchen (dieses unkörperliche Object) nicht störend eingreifen; so trifft ihn bei dem Eigenthum diese dingliche Beschränkung in Beziehung auf die Herrschaft über die individuell bestimmte Sache. Das persönliche Recht hat zum Object das positive oder negative, immer aber speciell bestimmte Handeln eines bestimmten Subjects, und nur dieses Unkörperliche der

---

ihn einen Einfluß hat). Wenn in den hier vorliegenden Fällen die res judicata weiter als gewöhnlich zu reichen scheint, so liegt der Grund davon in der Natur dieser Rechtsverhältnisse, weil es hier oft vorkommt, daß Jemand sich auf das persönliche rechtliche Verhältniß seines Gegners zu einer dritten Person beruft, und dann natürlich das zwischen Diesen durch ein rechtskräftiges Urtheil fixirte Verhältniß anerkennen muß. (Auch die auf römische Sclavenverhältnisse bezügliche L. 29 pr. D. de except. r. j. spricht nicht für jene Ansicht. Vgl. Keller über Litiscontestation und Urtheil S. 399 ff.). Vgl. L. 5 D. si ingen. esse dic. L. 42 D. de liber. caus.

juristisch nothwendigen und bestimmten Willensrichtung ist der Inhalt dieses Rechts *). Das practische Object dagegen ist, wie das Wort selbst andeutet, das Object des Handelns. Es ist der körperliche Gegenstand oder die unkörperliche Thatsache, woran das Interesse des Berechtigten haftet, das Object, woran das, das Rechtsobject ausmachende, Dürfen eines Subjects ausgeübt wird, das Object, welches den endlichen Zweck ausmacht, um dessentwillen ein bestimmtes Recht und eine bestimmte Pflicht bestehen. So ist bei Forderungen das practische Object unmittelbar eine körperliche Sache oder eine unkörperliche Thatsache, und mittelbar (nämlich als mögliches Object der Execution, wodurch dem Interesse des Berechtigten Genüge geschehen kann) das Vermögen des Obligirten d. h. eine solche Quantität aus demselben, welche dem Werth des unmittelbaren pracischen Objects der Forderung gleichkommt

*) Nur auf dieses Rechtsobject ist die römische Eintheilung in res corporales und incorporales zu beziehen. In der L. 1 § 1 D. de divis. rer. (— nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur: nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia. nam ipsum jus successionis, et ipsum jus utendi fruendi, et ipsum jus obligationis incorporale est —.) will der Jurist grade den Unterschied des juristischen Objects vom practischen deutlich machen. Diese Eintheilung ist weder eine Eintheilung des practischen Objects, noch auch eine Eintheilung der Rechte selbst, und es ist im Sinne des römischen Juristen durchaus eben so falsch, alle Rechte (oder wenigstens Vermögensrechte) außer dem Eigenthum zu den unkörperlichen Sachen oder Objecten zu zählen, als jene Eintheilung als eine Eintheilung der Rechte in körperliche und unkörperliche aufzufassen. Die Eintheilung ist wesentlich römisch und unpractisch, denn sie beruht darauf, daß nach römischer Vorstellung das Eigenthum die einzelne körperlich bestimmte Sache unmittelbar und zugleich zum juristischen und practischen Object hat. Daß dies nun eine ächt römische, aber dem Geist unseres Rechts widerstreitende Vorstellung ist, wurde schon oben (S. 155) angedeutet, kann aber erst in der Eigenthumslehre näher begründet werden. Ebenso muß hier vorläufig das im Text über die Natur des Rechtsobjects Angeführte zur Erläuterung dieser Eintheilung genügen. Vgl. hierüber Christiansen die Wissenschaft der römischen Rechtsgeschichte S. 405 Not. *, wo das Richtige treffend gesagt ist.

(Aequivalent). So ferner ist das practische Object des Eigenthums stets eine speciell bestimmte Sache, oder bei Servituten ebenfalls eine im fremden Eigenthum befindliche specielle Sache, als der Gegenstand des dem Berechtigten zustehenden Gebrauchens und Benutzens u. s. w. Im Folgenden wird nun von den verschiedenen Arten dieses practischen Objects gehandelt werden. Jedoch wäre es unpassend, und könnte nur höchst ungenügend ausgeführt werden, wenn hier versucht werden würde, die verschiedenen juristischen Bestimmungen darzustellen, welche in den einzelnen Rechtsverhältnissen sich an diese verschiedenen Begriffe knüpfen. Das bleibt den besonderen Rechtslehren überlassen *).

A. Zunächst natürlich ist es wichtig, zu wissen, wann und aus welchen Gründen Dinge nicht practische Objecte von Privatrechten, insbesondere des Eigenthums sind oder seyn können (res, quae nullius sunt, quae nullius in bonis sunt). Die Gründe hiervon können verschiedener Art seyn:

1) Es können Sachen darum ihre bisherige bloß natürliche Existenz, ihre factische Freiheit conservirt haben, weil sie zufällig noch nicht durch Besitznahme zu Gegenständen des Eigenthums gemacht worden sind (res nullius im e. S.) **).

2) Objecte können schon im Eigenthum eines Subjects befindlich gewesen seyn, aber durch den eigenen Willen des bisher Berechtigten (res derelictae, pro derelicto habitae, ***))

---

*) Wenn der Leser hier Manches, was in anderen Lehr- und Handbüchern des gemeinen Civilrechts angetroffen wird, nicht findet, so geht das daraus hervor: 1) Daß wir die römischen unpractischen Eintheilungen (z. B. in res humani et divini juris) ganz übergehen, indem wir dergleichen Lehren lediglich der Rechtsgeschichte überweisen. Ebenso kann hier auch nur in untergeordneter Weise auf den römischen Sprachgebrauch Rücksicht genommen werden, wenn es auch zum Verständniß der Quellen wichtig ist, sich damit bekannt zu machen. 2) Daß es sich hier nur um die Eintheilungen handelt, welche privatrechtlich von genereller Wichtigkeit sind, daher denn Manches auch practisch wichtige hier übergangen wird, was nach der jetzt gebräuchlichen Classification der Rechtsdiciplinen anderswo z. B. im Kirchenrecht, Staatsrecht, Strafrecht erörtert werden muß.

**) § 12 I. de rer. divis.

***) § 47 I. eod.

oder durch Zufall ihre natürliche Freiheit wieder erlangt haben. Zu Letzteren gehören absolut die frei gewordenen wilden Thiere *), und relativ die **hereditas jacens** **): jene nämlich sind ganz herrenlos, und können darum von Jedem occupirt werden, diese dagegen steht doch relativ noch unter einer juristischen Beschränkung, insofern eben der Erbe die ausschließliche Befugniß hat, sie in Besitz zu nehmen.

3) Im Vorhergehenden wurde die Fähigkeit der Objecte, practischer Inhalt von Privatrechten zu werden, vorausgesetzt. Nun giebt es aber auch solche Objecte, welche deswegen sich außer dem rechtlichen Privatverkehr befinden, weil sie entweder absolut d. h. überhaupt gar nicht einem Privatrecht unterworfen seyn können oder dürfen, oder nur relativ d. h. nach ihrer augenblicklichen juristischen Stellung dem rechtlichen Privatverkehr entzogen sind. Dahin gehören:

a) Diejenigen Sachen, woran in einem bestimmten Staat absolut Niemand ein Recht erwerben darf ***).

b) Die Sachen, woran in einem Staat oder in einer juristischen Gemeinheit kein einzelnes Mitglied als solches ein ausschließliches Privatrecht hat, und welche entweder Allen zum gemeinen Gebrauch offen stehen (**res publicae s. publico usui destinatae, res universitatis** im e. S. †)), oder nur zu den Zwecken des Staats oder der Corporation im Ganzen bestimmt sind (**patrimonium s. pecunia populi, patrimonium fisci, patrimonium universitatis** ††)). Freilich sind letztere (z. B. die zur Staats- oder Gemeindecasse gehörigen Sachen) fähig, in den privatrechtlichen Verkehr zu gelangen, und wenn man sie hierher zählt, so geschieht das nur, um bemerk-

*) § 12—15 I. eod.

**) L. 1 pr. D. eod.

***) Z. B. L. 4 § 1 D. famil. herc. Tit. C. quae res venire non poss.

†) L. 2 § 5 D. ne quid in loc. public. § 5 I. de emt. L. 6 § 1 de divis. rer.

††) L. 6 pr. L. 72 § 1 D. de contrah. emt. L. 14 pr. D. de acquir. rer. dom. L. 1 § 1 D. quod. cujusc. univ. nom.

lich zu machen, daß sie nicht durch ihre bloße Eigenschaft als Staats- oder Corporationsgut von selbst schon als Gegenstände des Rechts der einzelnen Mitglieder betrachtet werden können. Erstere dagegen (z. B. öffentliche Heerstraßen, Gemeindeweiden) sind solche Sachen, welche nach bestehender gesetzlicher Anordnung oder der Bestimmung der Corporation nicht dazu bestimmt sind, zu Gegenständen von Rechtsgeschäften des Fiscus oder der Gemeinde gemacht zu werden, sondern dem gemeinen Gebrauch Aller überwiesen sind *).

c) Diejenigen Sachen, welche nach ihrer natürlichen Beschaffenheit physisch in keines Menschen ausschließlichem Recht stehen können, und daher nur an ihren Theilen einen Gebrauch des Einzelnen zulassen (communia omnium, res communes). Dahin gehört die Luft, das fließende Wasser, das Meer, weil ihre Substanz in beständigem Wechsel und Fluß begriffen ist, endlich das Ufer des Meeres, weil daran ein sicherer Privatbesitz unmöglich ist (nämlich nach dem Begriff des Meeresufers, daß es so weit reicht, als bei stürmischem Anschwellen des Meeres das Wasser steigt **)). Daß der Eigenthümer eines Grundstücks ein Recht an dem über demselben befindlichen Raum hat, ist keine Ausnahme von jenen Sätzen, weil hier nur der Raum selbst, nicht die in demselben, stets nur momentan, befindliche Luft gemeint ist. Uebrigens pflegt im heutigen Recht das Meeresufer als eine res publica, und nicht als res communis behandelt zu werden, so daß auch der Satz des römischen Rechts, daß der, welcher am Ufer ein

---

*) Die über die einzelnen res publicae geltenden Bestimmungen, und somit auch die Begriffsbestimmungen derselben (z. B. der loca publica, viae publicae, flumina publica, ripae fluminum, Häfen, Kanäle, Seen) liefert das Obligationenrecht an dem Ort, wo von den Rechtsmitteln zum Schutz des gemeinen Gebrauchs an solchen Sachen gehandelt wird. Die Rechtsbestimmungen über die res universitatis sind zum Theil schon oben (S. 140) angeführt, zum Theil werden sie noch in der Lehre von den Gemeindevorstehern erörtert werden.

**) § 3 I. de rer. divis.

Gebäude errichtet, an dem Boden selbst ein Recht hat, so lange das Gebäude steht *), nicht mehr als practisch gelten kann **).

B. In einer allgemeinen Lehre vom practischen Object kann nur die Frage aufgeworfen werden, auf welche Art die dazu fähigen Objecte practischer Inhalt von Rechten und Verbindlichkeiten seyn können, nicht aber kann auseinandergesetzt werden die Natur der Rechte und Rechtsverhältnisse, deren factischen Inhalt sie ausmachen. Was nun den ersten Punct betrifft, so giebt es begreiflich eine solche Mannichfaltigkeit dieser Objecte, daß eine vollständige Darlegung ihrer Gattungen nur von der Darstellung der einzelnen Arten von Rechten und Verbindlichkeiten, welche es gemeinrechtlich geben kann, erwartet werden darf. Es kann hier also nur die Absicht seyn, solche Objecte hervorzuheben, welche von allgemeinerem Interesse sind, und an welche sich eine Menge eigenthümlicher Rechtsbestimmungen knüpfen. Von dieser Art sind aber diejenigen Objecte, welche unser Sprachgebrauch „Sachen", die römischen Quellen „res" (im e. S.) zu nennen pflegen:

1) Es können Sachen (d. h. räumlich existirende und äußerlich in die Sinne fallende Objecte) als einzelne individuell bestimmte, nach ihren concreten Merkmalen und besonderen Eigenschaften, wodurch sie eben die Natur für sich bestehender Individuen haben, practische Objecte von Rechten seyn. Die Zahl ist dann juristisch gleichgültig, weil eben vorausgesetzt ist, daß hier nicht die Quantität, sondern, so viele ihrer auch seyn mögen, die einzelnen Individuen als solche den factischen Inhalt des Rechts ausmachen (z. B. die bestimmten räumlich bezeichneten Grundstücke, die bestimmten

*) L. 6 pr. D. de divis. rer. L. 14 D. de acquir. rer. dom.

**) Die Begriffe des römischen Rechts von den res divini juris (res sacrae, religiosae) oder quodammodo divini juris (res sanctae) sind jetzt nicht mehr practisch (vgl. § 8—10 I. de rer. divis.). Das Kirchenrecht handelt von der heutigen Bedeutung jener Ausdrücke. Die im heutigen Recht s. g. befriedeten Sachen (den römischen res sanctae vergleichbar) gehören eigentlich in die Theorie des Strafrechts.

nach ihren besonderen Eigenschaften bezeichneten Pferde). Dies sind diejenigen Objecte, welche in den Quellen species, corpus, certum corpus, certa species, heißen *). Eine species kann nun aber in ganz verschiedener Weise practischer Inhalt eines Rechts seyn z. B. das Eigenthum ergreift sie unmittelbar und ganz, die Servitut spricht nur ihren Dienst an, die Fordrung kann zu verschiedenen Zwecken die Leistung derselben zum Gegegenstand haben. Der certa species stehen alle diejenigen Sachen gegenüber, welche, ohne individuell bestimmt zu seyn, practisch zum Object von Rechtsverhältnissen genommen werden. Die Art und der Grund dieser individuellen Unbestimmtheit kann aber sehr verschieden seyn, woraus sich denn die folgenden Eintheilungen ergeben.

2) Es giebt Sachen, welchen die Natur der species aus dem Grunde fehlt, weil die Volksansicht, der gemeine Gebrauch an ihnen nur die Zahl und Güte schätzt. Es wird hier nicht dem Individuum, sondern nur der Quantität und Qualität ein Werth beigelegt, und darum spricht bei solchen Sachen die Präsumtion immer dafür, daß sie nach der Absicht der Privaten nur in dieser Beziehung und nicht als Individuen in Betracht kommen sollen. Man nennt sie vertretbare Sachen, weil sie stets durch andere Individuen aus derselben Gattung vertreten werden können, wenn nur ihre Quantität und Qualität nicht verändert wird. Man nennt sie auch fungible Sachen nach dem Ausdruck der Quellen „quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem (magis), quam specie“ **). Endlich auch heißen sie „res, quae communi specie continentur ***)“, d. h. solche Sachen, welche, obwohl sie an sich, wie alle anderen Sachen, ihre in-

---

*) Die species bildet zwar immer den Gegensatz der speciell unbestimmten Sachen, aber von diesen giebt es wiederum sehr verschiedene Arten, und nur der jedesmalige Zusammenhang kann ergeben, welche unter ihnen gemeint sind. So kommt die species vor als Gegensatz von genus (L. 54 pr. L. 83 § 5 D. de verb. obligat.), ferner der res, quae pondere, numero, mensura continentur (L. 30 pr. § 6 D. de legat. 1. L. 6 D. de rei vind.), der s. g. universitas juris (L. 16 § 6 D. ad SCt. Trebell.), der s. g. universitas facti (L. 34 D. de pignorib.).

**) L. 2 pr. § 1 D. de reb. cred.

***) L. 29 in f. D. de solut.

dividuellen Merkmale haben können, doch nach der Meinung und dem Willen (der Werthschätzung) der Menschen in ihrem rechtlichen Verkehr darin sich von anderen Sachen unterscheiden, daß sie einzeln einander gleichgeachtet werden. Jedoch sind diese Sachen auch nur präsumtiv fungibel, ihr Begriff ist ein relativer, indem eine regelmäßig fungible Sache auch als species behandelt werden kann. Sie kann Gegenstand des Eigenthums seyn, und dann mit der Eigenthumsklage als eine species so lange verfolgt werden, als das factisch möglich ist, nämlich so lange sie individuell erkennbar ist. Sie kann ferner in Obligationsverhältnissen durch Vertrag als certa species zum Gegenstand der Leistung oder Rückleistung gemacht werden, was natürlich je nach Art der Sache auf die verschiedenste Weise factisch bewerkstelligt wird (z. B. dadurch, daß man sie mit einem besonderen Zeichen versieht, oder sie verschließt, versiegelt, und in dieser Gestalt zum Object der Leistung macht *)). Man kann nun unter der Menge von Sachen, welche regelmäßig als vertretbar gelten, einige Hauptarten hervorheben, welche freilich unter einander nicht streng geschieden sind, indem ihre Merkmale oft in der nämlichen Sache zusammentreffen:

a) Die Sachen, welche nur in Quantitäten Gegenstände des gemeinen Verkehrs zu seyn pflegen, welche, als gleichartig, einzeln einander gleichstehen, und daher nur durch die Quantität (nach Maaß, Zahl, Gewicht) von einander unterschieden und bestimmt werden (res, quae pondere, numero, mensura constant s. continentur **)). Aber gemäß der relativen Natur des Begriffs der Fungibilität können sie freilich auch zu Objecten solcher Rechtsverhältnisse gemacht werden, welche nur auf Species sich beziehen ***), oder auch nach specieller Bestim-

*) Z. B. ist Geld als pecunia s. pecunia numerata fungibel, aber als certus nummus oder als pecunia, quae in arca est, eine Species (L. 30 § 6 D. de legat. 1. L. 34 § 4 eod. Vgl. L. 1 pr. D. de contrah. empt.).

**) L. 2 § 1 D. de reb. cred. L. 42 D. de jur. dot.

***) Z. B. des Commodats oder Depositum: L. 4 D. commod. L. 24 D. depos.

mung eines Privatwillens als Species behandelt werden *).

b) Die Sachen, welche durch Gebrauch entweder ganz aufhören, als Individuen zu existiren, oder wenigstens ihre individuelle Erkennbarkeit verlieren, d. h. aufhören, an den eigenthümlichen Merkmalen, welche die Individuen characterisiren, wiedererkannt werden zu können. Solche Sachen werden durch den Gebrauch entweder physisch verbraucht, oder verlieren sich in der Menge der ihnen gleichartigen Sachen (**res, quae usu consumuntur, quae in abusu consistunt** **)). Diese Consumtion der Individualität kann auf sehr verschiedene Weise geschehen, z. B. durch wirkliches Aufzehren, überhaupt durch einen der Natur und dem Zweck der Sache angemessenen Gebrauch, durch bloße Entäusserung des Besitzes derselben, durch Vermischung mit gleichartigen Dingen u. s. w.

3) Solche Sachen, welche im gewöhnlichen Privatverkehr kein bloß generisches Interesse haben, und an sich als Individuen geschätzt und in Betracht gezogen zu werden pflegen, können doch durch den Willen einer Privatperson zu solchen Sachen gemacht werden, welche in bestimmten Rechtsverhältnissen nur nach ihrer Art und Zahl in Betracht kommen sollen. Dies ist in den römischen Quellen der juristische Begriff von genus ***), d. i. eine Sache, welche nur generisch, nicht aber individuell bestimmt ist. Es soll hier immer nach einem Ver-

---

*) L. 30 § 1 D. de legat. 1.

**) L. 1 L. 5 § 1. 2. D. de usufr. ear. rer., quae usu consum. vel min.

***) L. 54 pr. D. de verb. oblig. L. 85 D. de legat. 3. L. 1 § 7 L. 30 § 5 D. ad leg. Falcid. — Der Ausdruck „quantitas" bezieht sich zwar sehr oft auf fungible Sachen, insbesondere Geldsummen, wird aber doch auch häufig auf andere Sachen angewandt. Die Quellen gebrauchen dieses Wort immer, wenn in einer Obligation oder einem Legat nur eine Summe gleichartiger Sachen als solche, und nicht individuelle corpora den Gegenstand der Leistung ausmachen (L. 34 § 3. 5. 6. D. de legat. 1. L. 19 § 2 D. de condict. indebit. L. 11 D. de compensat.).

trag oder Testament eine Anzahl von Stücken aus einer bestimmten Gattung geleistet werden, welche daher erst nach einer (von dem Berechtigten, oder Verpflichteten, oder einem Dritten) vorgenommenen Wahl aus der Gattung individuell bestimmt werden.

4) Die Unbestimmtheit einer Sache kann ferner darin bestehen, daß sie körperlich noch gar nicht individuell existirt, sondern bloß als künftig existent gedacht zum Object einer obligatorischen Leistung gemacht wird, mag nun diese physische Existenz (eines für den Menschen erkennbaren und unterscheidbaren Individuum) nach dem gewöhnlichen Lauf der Natur zu erwarten, oder gänzlich ungewiß seyn. Hierauf beruht die Eintheilung in gegenwärtige und zukünftige Sachen.

5) Endlich kann die individuelle Unbestimmtheit einer Sache darin bestehen, daß eine Mehrheit von Körpern, welche factisch als für sich bestehende Individuen existiren, juristisch als Einheit, als ein Ganzes (universitas) behandelt, und zum Object des juristischen Handelns gemacht werden. Das Wesentliche dieses Begriffs ist, daß nur die Einheit (universitas rerum distantium) hier als Object gilt, und die Einzelheiten nicht in Betracht gezogen werden. Die Interpretation dieses Begriffes ergiebt folgende Consequenzen:

a) Wenn die einzelnen Bestandtheile des Ganzen nicht als solche in Betracht kommen, so folgt, daß die einzelnen Stücke (species) wechseln, auf rechtliche Art aus der Gesammtheit herausgehen, und durch neue Individuen, selbst bis zur gänzlichen Renovation aller Einzelheiten, ersetzt werden können, ohne daß der Begriff des Ganzen juristisch darunter leidet *). Ein solches Ganze wird

*) L. 13 pr. de pignor. — sed etsi prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur. L. 34 pr. D. eod. — an omnia, quae ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint, et res aliae illatae? Respondit: ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur. L. 65 § 1 D. de legat. 2. — sed si medio tempore deminuta suppleatur, ad legatarium

geschaffen durch eine Willensdisposition des Privaten (dadurch, daß der juristische Privatwille gewisse Einzelheiten als ein Ganzes behandelt wissen will, z. B. durch Legat, Fideicommiß, Vertrag), und man erkennt das Daseyn eines solchen Willens an dem Gebrauch solcher Ausdrücke (z. B. Heerde, Waarenlager, Bibliothek), welche nach dem Sprachgebrauch solche Begriffsganze bezeichnen *).

b) Der Begriff des Ganzen bleibt bei einer Minderung der einzelnen Bestandtheile unverändert bestehen, solange noch eine solche Zahl übrig ist, welche nach der besonderen Natur einer bestimmten grade vorliegenden universitas für ihren Begriff nothwendig ist. Hiernach kann die Quantität mehr oder minder wesentlich seyn. Regelmäßig ist nach der Natur der Sache nur das Minimum der einzelnen Stücke bestimmt (z. B. macht ein Stück keine Heerde **) aus). Bisweilen aber macht grade die bestimmte Quantität ein wesentliches Merkmal des Begriffs einer universitas aus (z. B. bei einem Vier= oder

---

pertinebit. L. 22 D. de legat. 1. Si grege legato aliqua pecora vivo testatore mortua essent, in eorumquae locum aliqua essent substituta, enndem gregem videri —.

*) L. 30 pr. D. de usurpat. — Tria autem genera sunt corporum: — tertium, quod ex distantibus constat: ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subjecta, veluti populus, legio, grex. § 18 I. de legat. — est autem gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicut aedium unum corpus est ex cohaerentibus lapidibus.

**) L. 22 D. de legat. — et si deminutum ex eo grege pecus esset, et vel unus bos superesset, eum vindicari posse, quamvis grex desiisset esse —. L. 31 D. quib. mod. ususfr. amitt. Cum gregis ususfructus legatus est, et usque eo numerus pervenit gregis, ut grex non intelligatur, perit ususfructus. Der testamentarische Wille, welcher einen Ususfruct legirt, wird hier enger interpretirt, als wenn er das Eigenthum vermacht. Denn wer das Eigenthum der ganzen Heerde geben will, will gewiß auch das Eigenthum aller einzelnen Stücke geben. Der Ususfruct aber beschränkt wenigstens factisch das Eigenthum des Erben, und soll hier deswegen so eng als möglich verstanden werden.

Dreigespann) *). Uebrigens versteht es sich, daß der Privatwille keine neue Gattungen solcher Begriffsganzen schaffen kann, sondern bei Constituirung einer besonderen Gesammtheit von Sachen sich nach dem Gebrauch und der Redeweise des gemeinen Lebens richten muß. Nur dann ist eine vollständige Interpretation und Ausführung eines solchen Willens möglich. Nach der gemeinen Ansicht wird aber für die Existenz einer Sachgesammtheit eine gewisse Gleichartigkeit der einzelnen Bestandtheile regelmäßig erforderlich seyn, wenn auch das Genus, in welchem die Einzelheiten übereinstimmen, bald enger, bald weiter seyn kann **).

c) Der Begriff des Ganzen erhält sich auch bei einer Vermehrung der einzelnen Bestandtheile ***), wenn nicht jener Begriff grade an eine bestimmte Zahl der Stücke gebunden ist.

Den Gegensatz zu diesen rerum distantium universitates bilden die res singulae s. singulares d. h. einzelne Sachen, welche auch juristisch als Einzelheiten behandelt werden. Diese können entweder natürliche Individuen (corpora unita), oder künstlich zu Individuen und Einheiten (corpora cohae-

*) L. 10 § 8 D. quib. mod. ususfr. amitt. L. 65 § 1 D. de legat. 2.

**) Z. B. ein Waarenlager kann zwar aus sehr verschiedenen Waarengattungen bestehen, aber practisch hat das doch immer eine Gränze, und in der Anwendung wird sich für die Interpretation doch immer ein Anhaltspunct in irgend einem Merkmal, in welchem die einzelnen Theile übereinstimmen, ermitteln lassen.

***) L. 21 D. de legat. 1. Grege legato et quae postea accedunt, ad legatarium pertinent. L. 13 pr. D. de pignor. Bei der Vindication einer universitas rerum wird consequent nicht einmal darauf geachtet, ob einzelne Stücke sich in dem Ganzen finden, welche einem fremden Eigenthümer gehören; nur versteht es sich von selbst, daß Diesem die Verfolgung der ihm zugehörigen Stücke unbenommen bleibt. Uebrigens hat die Vindication eines Begriffsganzen gar nichts von der sonstigen juristischen Behandlung desselben abweichendes. Alles kommt hier darauf an, ob nach einer vernünftigen Interpretation im concreten Fall noch die Existenz eines bestimmten Ganzen angenommen werden kann. In Beziehung auf die vindicatio gregis wird dieser

rentia, res connexae) gemacht seyn *). Da übrigens Sachen der letzteren Art aus Theilen bestehen, welche vor ihrer Vereinigung für sich bestehende Einzelsachen waren, so ist es ganz consequent, wenn das römische Recht auch sie universitates (rerum cohaerentium) nennt **). Der Unterschied dieser universitates von den oben behandelten besteht nun darin, daß die Unterscheidung der einzelnen Bestandtheile von dem durch sie gebildeten Ganzen hier auch factisch aufhört, während dort nur die juristische Fiction sie als eins behandelt ***). Es war früher üblich, zu unterscheiden zwischen res singulae und universitates rerum, und zu jenen die corpora unita und res connexae, zu diesen aber als Unterarten die universitates facti s. hominis und universitates juris zu zählen. In neuerer Zeit hat man nachzuweisen versucht, daß es, wenn auch factisch, doch juristisch nicht einen Unterschied zwischen den Begriffsganzen gebe, welche zu den universitates facti und juris gezählt werden, indem es bloß darauf ankomme, daß sie rechtlich gleicherweise als Einheiten behandelt werden. Allein so falsch die ältere Ansicht ist, welche die s. g. universitates facti und juris unter ein Genus der universitates rerum bringt, eben so falsch ist es, den wesentlichen Unterschied beider abzuläugnen †). Ihr Unterschied beruht auf

---

Punct sehr klar behandelt in der L. 1 § 3. L. 2. L. 3 pr. D. de rei vind.

*) L. 30 pr. D. de usurpat. — Tria autem genera sunt corporum: unum, quod continetur uno spiritu, et graece ἡνωμένον, id est, unitum vocatur, ut homo, tignum, lapis et similia; alterum, quod ex contingentibus, hoc est, pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνημμένον, id est, connexum vocatur, ut aedificium, navis, armarium; tertium, quod ex distantibus constat —.

**) L. 8 D. quod vi aut clam. L. 23 § 5 D. de rei vind.

***) L. 13 § 2 D. de acceptil. L. 23 pr. D. de usurpat. L. 7 § 11 D. de acquir. rer. dom. L. 23 § 5 D. de rei vind. L. 8 D. quod vi aut clam.

†) Neuere Untersuchungen über diesen Gegenstand haben allerdings viele Irrthümer beseitigt, wohin insbesondere gehört, daß man jetzt richtiger die relative Natur der universitas (d. h. daß dieselben

der Verschiedenheit zwischen dem practischen Object und dem Rechtsobject. Nur die s. g. universitas facti ist eine Sacheneinheit (oben unter dem Namen universitas rerum distantium behandelt), und gehört in die Lehre vom practischen Object. Die s. g. universitas juris dagegen ist gar keine rerum universitas. Sie setzt voraus eine Mehrheit rechtlicher Beziehungen und Verhältnisse eines Subjects, welche in irgend einer Rücksicht juristisch als Einheit behandelt werden. Nicht die Objecte des juristischen Handelns (practische Objecte), woran eine dinglich geschützte Herrschaft, Nutzung oder Gebrauch ausgeübt wird, oder der Inhalt einer Obligation erfüllt wird, machen hier die Einheit aus, sondern der verschiedenartige Inhalt der dinglichen oder persönlichen Rechte selbst, also die Rechtsobjecte *). Die universitas juris begreift immer ein Vermögen, d. h. eine Mehrheit von Rechtsobjecten, welche nach Geldwerth geschätzt werden können. Das Vermögen aber kann in Beziehung auf sein Subject activ und passiv aufgefaßt werden, indem die dazu gehörigen Rechtsobjecte entweder als Inhalt von Rechten desselben gegen Andere, oder als Inhalt von Rechten Anderer gegen ihn zu nehmen sind. Hiernach kann auch der Umfang einer universitas juris bald weiter, bald enger seyn; jenes, wenn die activen und passiven Vermögensbeziehungen eines Subjects in irgend einer Rück-

---

Einzelheiten, welche in einer Beziehung als universitas behandelt werden, in einer anderen nur als Einzelheiten gelten), und die Falschheit des Satzes „in universalibus res succedit in locum pretii et pretium in locum rei", welchen man früher als ein wesentliches Kriterion dieser universitas behandelte, nachgewiesen hat. Aber aus Unklarheit über den Unterschied zwischen dem practischen Object und dem Rechtsobject hat man übersehen, daß eben die Verschiedenheit ihres Inhalts die Begriffe von univertitates rerum und juris wesentlich scheidet.

*) Aus diesem Grunde ist auch der Ausdruck „universitas juris" sehr passend. Das römische Recht giebt die ausschließliche Beziehung solcher universitates auf das Rechtsobject gelegentlich sehr deutlich zu verstehen, z. B. in L. 50 pr. D. de heredit. pet. Hereditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet. L. 208 D. de verb. signif. Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam ac jus successionis et non singulas res demonstrat. L. 178 § 1 D. eod. Hereditas juris nomen est, quod et accessionem et decessionem in se recipit —.

ficht als Einheit (z. B. die **hereditas** in Betreff der Succession) behandelt werden; dieses, wenn bloß die Activa oder auch nur eine bestimmte Gattung derselben in juristischer Hinsicht als ein Ganzes gelten *).

C. Eine juristisch wichtige Eintheilung der Sachen ist ferner die in bewegliche und unbewegliche. Unbeweglich (liegende Güter, Grundstücke) nennt man den Grund und Boden, und alles, was dergestalt natürlich oder künstlich mit demselben cohärirt, daß es nicht ohne Zerstörung der Substanz oder Form von einem Ort zum andern gebracht werden kann. Auch pflegt man an sich bewegliche Sachen, welche juristisch als Zubehör von unbeweglichen gelten, zu den unbeweglichen zu zählen **). Alle übrigen Sachen gehören zur

*) Wir würden selbst in den von uns gerügten Fehler verfallen, wenn wir an diesem Ort uns über das Wesen der universitas juris weiter verbreiten wollten. Das gehört in die besonderen Lehren. Nur das mag hier bemerkt werden, daß man fälschlich, und zwar wiederum aus Unklarheit über den Begriff des Rechtsobjects, das fideicommissum calendarii und fideicommissum mensae negotii (eines Banquiergeschäfts) als Beispiele von rerum universitates aufstellt. Es sind dies vielmehr Arten einer wahren universitas juris, welche hier nur einen beschränkteren Umfang hat. Hier nämlich wird nur eine besondere Art von Rechtsobjecten, nämlich der Inhalt verschiedenartiger Fordrungsrechte, als Einheit behandelt (L. 64 D. de legat. 3. — et magis puto: quemadmodum, si exactae pecuniae et rursus collocatae essent, permutatio nominum non perimeret vel minueret fideicommissum, ita ipsae quoque pecuniae, si adhuc calendario i. e. nominibus faciendis destinatae essent, eidem fideicommisso cedere debeant —. L. 77 § 16 D. de legat. 2. Mensae negotium ex causa fideicommissi cum indemnitate heredum per cautionem susceptum, emptioni simile videtur, et ideo non erit quaerendum, an plus in aere alieno sit, quam in quaestu. Hier gehen nur die Activa auf den Fideicommissar über; den Gläubigern haftet unmittelbar der Erbe, ihm ist nur vermittelst der speciellen Caution wiederum der Fideicommissar verhaftet). Uebrigens werden wir im Verlauf des Werks zeigen, für wie viele Fragen und Lehren die scharfe Auffassung und das Festhalten des Unterschiedes zwischen practischen und Rechtsobjecten entscheidend ist.

**) Vgl. Glück Erl. d. Pandect. Th. 2. S. 523 ff. Man pflegt sogar in bestimmten juristischen Beziehungen (z. B. für die Lehre von den Cautionen) gewisse bewegliche Sachen, welche nicht als Zubehör

Classe der beweglichen. Unter diesen (res mobiles) scheidet man wieder diejenigen aus, welche sich durch eigene Kraft (res moventes, se moventes, moventia) in Bewegung setzen können *), wohin im practischen Recht nur die Thiere gehören. Die Thiere endlich werden in wilde (bestiae s. ferae bestiae), welche in natürlicher Freiheit leben, in gezähmte (mansuefacta), und zahme (mansueta) eingetheilt **). Das Prädicat der Beweglichkeit und Unbeweglichkeit paßt natürlich nur auf Sachen, also Körper, nicht aber auf Rechtsobjecte, Vermögen, also unkörperliches ***). Nun aber kann es doch erforderlich seyn, feste Grundsätze darüber zu haben, was unter dem Ausdruck „bewegliches oder unbewegliches Vermögen" verstanden werden solle, wenn es sich nämlich um Interpretation eines juristischen Willens (z. B. eines Testaments, Vertrages) handelt, wo jene Ausdrücke oder ähnliche der Art gebraucht worden sind. Hierfür hat nun eine gemeine Praxis †) folgende Regeln aufgestellt:

1) Rechte, welche mit einer unbeweglichen Sache verknüpft sind (z. B. Realservituten), nennt man unbeweglich.

2) Persönliche Rechte nennt man stets beweglich.

3) Bei dinglichen Rechten soll sich diese Benennung richten nach der Art des Objects, an welchem sie ausgeübt werden. Ist diese Sache unbeweglich, so heißt das Recht auch so, sonst umgekehrt.

---

unbeweglicher gelten, nämlich kostbare schwer transportable Dinge (z. B. Bibliotheken, Waarenlager) den unbeweglichen gleichzusetzen (Vgl. Glück a. a. O.). — Das römische Recht nennt übrigens unbewegliche Sachen fundus, solum, praedium, res soli, res solo cohaerentes u. s. w. L. 115. L. 211 D. de verb. signif. L. 15 § 1 D. qui satisd. cog. L. 15 § 2 D. de re judic. L. 1 § 1 D. de rei vindic.

*) L. 1 pr. D. de aedil. edict.

**) § 12—16 I. de rer. divis. L. 4 L. 5 D. de acquir. rer. domin.

***) L. 2 pr. C. de quadrien. praescr. L. 15 § 2 D. de re judic. L. 7 § 4 D. de pecul.

†) Vgl Glück a. a. O. S. 532—539. Thibaut System der Pand. § 173.

4) Endlich sollen solche Rechte, welche accessorischer Natur sind (z. B. die Hypothek), nach der Natur des Hauptrechts benannt werden.

D. Es können ferner theilbare und untheilbare Sachen (res dividuae et individuae) unterschieden werden. Die gewöhnliche Darstellung dieser Lehre ist folgende. Man unterscheidet eine Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Sachen von einer Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Rechte, und ferner in ersterer Beziehung eine natürliche oder körperliche Theilung von einer juristischen oder intellectuellen Theilung der Sachen. Die natürliche Theilung besteht darin, daß eine Sache in äußerlich wahrnehmbare körperliche Theile (partes certae, reelle Theile) zerlegt wird; die intellectuelle Theilung darin, daß bei einer Sache intellectuelle d. h. bloß gedachte nicht in der Wirklichkeit abgesonderte Theile (partes indivisae s. pro indiviso, partes quotae, Bruchtheile, Ratentheile, ideelle Theile) unterschieden werden. Bei unbeweglichen Sachen kann sowohl eine natürliche, als auch eine juristische Theilung vorkommen, bei beweglichen Sachen nur die letztere. Eine intellectuelle Theilung giebt es auch bei Rechten, ausgenommen die Fälle, wo ausdrücklich die Untheilbarkeit eines Rechts bestimmt ist.

Diese Darstellung ist in mancherlei Rücksicht ungenau und falsch, nämlich:

1) Würde hier im Rechtsgebiet von der bloß natürlichen Theilbarkeit einer Sache gehandelt werden, so würde die Eintheilung in theilbare und nichttheilbare Sachen ganz überflüssig seyn. Denn es versteht sich, daß im bloß natürlichen Sinn jede Sache theilbar ist. Aber es handelt sich hier überhaupt nur von Sachen, insofern sie Objecte des juristischen Handelns sind. In dieser Beziehung fragt es sich, wann von körperlichen Theilen einer Sache als practischen Objecten gesprochen werden kann, und wann nicht. Hier gilt nun die natürliche Regel: wenn eine Sache körperlich so getheilt werden kann, daß nach der Theilung doch noch das Ganze, obwohl als getheiltes Ganze, fortbesteht, so kann es geschehen, daß eine solche reell getheilte Sache (res pro diviso) doch als ein practisches Object in einem Rechtsverhältniß auf-

tritt. Dies ist der Fall bei unbeweglichen Sachen *). Wenn dagegen eine Sache nur so getheilt werden kann, daß durch die Theilung der Begriff des Ganzen vernichtet wird, und die dadurch entstandenen Theile nur als gänzlich von einander unabhängige Körper behandelt werden können, so nennt man das eine untheilbare Sache. Dahin gehören alle beweglichen Sachen **).

2) Es ist falsch, die s. g. Intellectualtheilung als eine Theilung von Sachen zu betrachten. Diejenigen Juristen, welche sie eine juristische Theilung nennen, und auch auf Rechte beziehen, haben zwar das Richtige gefühlt, ohne aber den Sinn ihrer eigenen Behauptung vollständig und genau zu erwägen, und zu verfolgen. Die intellectuelle Theilung ist eine Theilung des Rechtsobjects, d. h. des Inhalts von Rechten, welcher wiederum ein körperliches Individuum zum Object haben kann. Durch eine solche Theilung hat, gebraucht, besitzt man nicht die Sache als eine getheilte, sondern das Haben, Gebrauchen, Besitzen selbst, oder das bestimmte Fordern und Leisten selbst ist getheilt. Die Sache selbst ist res indivisa s. pro indiviso, aber man hat (benutzt, besitzt, u. s. w.) sie pro parte. Kann nach den obigen Grundsätzen die Sache selbst getheilt werden, so erstreckt sich doch der intellectuell getheilte Inhalt des Rechts auf jeden kleinsten körperlichen Theil der Sache ***), so daß in diesem Betracht die Sache doch immer pro indiviso behandelt wird, so lange die intellectuelle Getheiltheit dauert. Der gedachte Theil ist nicht Object des Besitzens, Gebrauchens u. s. w., denn es versteht sich von selbst, daß das bloß Intelligible nicht im körperlichen Sinn (wovon aber hier im Rechtsgebiet

*) Z. B. bei einem fundus regionibus divisus machen die durch Gränzen bezeichneten und äußerlich geschiedenen certa loca zwar einerseits für sich bestehende Ganze (fundi) aus, aber anderseits können sie doch noch als Theile eines fundus behandelt werden. (L. 8 D. de rei vind.). Dasselbe gilt von Gebäuden (L. 6 § 1 D. comm. praedior.).

**) L. 8 in f. D. de rei vindic.

***) L. 8 D. de rei vind. — quotiens enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse —.

allein die Rede ist) besessen und gebraucht werden kann, sondern er ist Object und Inhalt des Rechts. Hat man bei dem Ausdruck „Theil" den Rechtsinhalt im Auge, so kann man nur den intellectuellen Theil einen wahrhaften Theil nennen, und er heißt passend „intellectuell", weil der Rechtsinhalt stets unkörperlich ist, also ein Theil davon nur gedacht und vorgestellt werden kann *). Nach dem angegebenen Begriff

*) An vielen Orten geben die römischen Juristen den richtigen Begriff der Intellectualtheilung zu verstehen: L. 66 § 2 D. de legat. 2 — plures in uno fundo dominium juris intellectu, non divisione corporis obtinent (Bei dem Miteigenthum ist die rechtlich geschützte Herrschaft getheilt, nicht die Sache.) — L. 5 § 15 D. commod. Si duobus vehiculum commodatum sit vel locatum simul, Celsus scripsit, quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum, an pro parte teneatur? Et ait, duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse, nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. (Es kann weder einen ungetheilten Besitz, oder eine ungetheilte Eigenthumsherrschaft mehrerer Subjecte geben, noch ist der Mitbesitz oder das Miteigenthum als Besitz oder Eigenthum Mehrerer an Theilen der Sache zu denken, sondern es ist darunter zu verstehen das getheilte Besitzen oder das getheilte rechtliche Herrschen über eine körperlich ungetheilte [als körperlich ungetheilt zu behandelnde] Sache). Usum autem balnei quidem, vel porticus, vel campi uniuscujusque in solidum esse, neque enim minus me uti, quod et alius uteretur; verum in vehiculo commodato vel locato pro parte quidem effectu me usum habere, quia non omnia loca vehiculi teneam, sed esse verius ait, et dolum et culpam et diligentiam et custodiam in totum me praestare debere. Quare duo quodammodo rei habebuntur —. (Der Jurist sagt: das Gebrauchen als solches ist für Jeden ein ungetheiltes, wenn es ein wirklicher Gebrauch des Gegenstandes ist, obwohl es sich von selbst versteht, daß der Gebrauch der Wirklichkeit nach factisch an verschiedenen Theilen einer Sache vorgenommen werden kann. Aber auf alles dieses kommt in dem vorliegenden Fall nichts an. Denn hier handelt es sich um das Object des persönlichen Rechts, welches hier in Frage gestellt ist, und dieses Rechtsobject ist ein der Natur der Sache nach ungetheiltes, wofür also auch Jeder der Obligirten ungetheilt haftet.). — L. 5 D. de stipul. servor. Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore. Et ideo si quid stipulatur, vel quaqua alia ratione adquirit, omnibus adquirit pro parte, qua dominium in eo ha-

besteht endlich die Untheilbarkeit nach intellectuellen Theilen

---

bent —. (Die partes des Miteigenthums, also des Rechtsinhalts, heißen hier indivisae, weil jeder von ihnen sich auf die ganze Sache bezieht). — L. 19 pr. D. commun. dividund. Arbor, quae in confinio nata est, item lapis, qui per utrumque fundum extenditur, quamdiu cohaeret fundo, e regione cujusque finium utriusque sunt, nec in communi dividundo judicium veniunt. Sed cum aut lapis exemtus aut arbor eruta vel succisa est, communis pro indiviso fiet, et veniet in communi dividundo judicium: nam quod erat finitis partibus, rursus confunditur — ita arbor et lapis separatus a fundo confundit jus dominii. (So lange der auf der Gränze stehende Baum zum Boden gehört, hat jeder Nachbar sein Eigenthumsrecht an einem körperlich bestimmten Theil des einen Baumes. Ist er aber vom Boden getrennt, so entsteht ein, aber ein intellectuell getheiltes, Eigenthum Beider. Das bedeutet der Ausdruck „confundit jus dominii".). — L. 25 § 1 D. de verb. signif. Quintus Mucius ait, partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari. (Nach des Scävola Meinung kann juristisch von einem Theil nur gesprochen werden, wenn die Sache als eine ungetheilte behandelt wird, indem dann jeder Theil des Rechtsinhalts die ganze Sache zum Object hat. Nur da kann es vorkommen, daß reelle Theile einer Sache juristisch unterschieden werden, wo der Rechtsinhalt (das nostrum esse) für jedes der Subjecte ein ungetheilter ist.). — Vgl. ferner L. 36 D. de servit. praed. urban. L. 25 D. quib. mod. ususfr. amitt. L. 29 D. de solut. L. 6 C. fam. herc isc. —

Wer schon die nach unserer Ansicht richtige Vorstellung von dem hier erörterten Gegenstand hat, dem kann es füglich nachgesehen werden, wenn er der Bequemlichkeit halber (wie es auch in den Quellen des römischen Rechts nicht selten geschieht) sich so ausdrückt, als wenn bei einer Intellectualtheilung die Sache selbst, als practisches Object, getheilt wäre. Uns war es hier darum zu thun, den Unterschied zwischem dem practischen Object und dem Rechtsobject bestimmter hervorzuheben. Um nun unsere Ansicht möglichst allseitig vor Mißverständniß zu schützen, muß noch bemerkt werden, daß es ungenau und verwirrend ist, von einer Theilung der Rechte zu reden. Der rechtliche Character eines Inhalts (d. h. das, was einem bestimmten Inhalt zu einem rechtlichen, zu einem Recht macht), welcher sich in dem dinglichen oder persönlichen Schutz äußert, kann nie getheilt seyn. Ein halbes Recht ist ein Unding. Aber ein Recht kann für einen beschränkten Umfang, für einen getheilten Inhalt bestehen. Nur dieses Rechtsobject läßt eine Theilung zu, und eben dies ist der Begriff der Intellectualtheilung.

darin, daß von mehreren Subjecten Jedem der nämliche Rechtsinhalt nur ungetheilt zustehen kann *)

E. Eine Nebensache (accessio im w. S., res accessoria) ist diejenige, welche zu einer anderen, der Hauptsache (res principalis) in einem solchen Abhängigkeitsverhältniß steht, daß sie juristisch nach denselben Grundsätzen beurtheilt werden muß, welchen letztere unterworfen ist. Nach der Verschiedenheit des Grundes eines solchen accessorischen Verhältnisses, welche aber auch in den Rechtswirkungen hervortreten kann, unterscheiden wir folgende Arten von Nebensachen **):

1) Wenn Sachen in ein so inniges Verhältniß zu anderen Sachen getreten sind, daß sie integrirende Theile derselben ausmachen, und darum nach einer juristisch nothwendigen Consequenz der Eigenthümer der Hauptsache auch als Eigenthümer jener Nebensachen gilt, so nennt man dieselben Accessionen im e. S. Die Gründe einer solchen Verbindung von Sa-

*) Fälle der Art kommen vor unter dinglichen und persönlichen Rechten: L. 1 § 9. L. 80 § 1 L. 81 pr. D. ad leg. Falc. L. 65 D. de evict. L. 22 D. depos. L. 17 D. de servitut. L. 2 § 1 L. 54 § 1 L. 72 pr. D. de verbor. obligat. — Der Grund der Untheilbarkeit gewisser Rechtsobjecte läßt sich überall aus der besonderen Natur derselben deduciren, und daraus vollständig erkennen. Es ist eine solche Deduction nichts anderes, als die Interpretation des Wesens dieser besonderen Rechtsverhältnisse, welche aber nicht hier, sondern erst in den besonderen Lehren vorgenommen werden kann.

**) Wir handeln hier aber nur von Sachen, welche in einem accessorischen Verhältniß zu anderen Sachen stehen, nicht von jedem möglichen Nebeninhalt von Obligationen, gleichviel, ob derselbe durch Interpretation aus der Natur der Sache als selbstverständiger Nebeninhalt von Rechtsverhältnissen erkannt wird, wohin die Lehre vom Schadensersatz, die Lehre von Restitution der omnis causa nach der Litiscontestation (nämlich als natürlicher Folge der durch Litiscontestation hervorgebrachten Obligation), die Lehre von den Impensen u. s. w. gehört, oder ob er durch speciellen Vertrag (z. B. Bürgschaftsbestellung) zum accessorischen Inhalt eines Rechtsverhältnisses gemacht wird. Man pflegt alles dieses ungehöriger Weise in einem Gemisch in der Lehre von den Nebensachen entweder wirklich abzuhandeln, oder doch anzudeuten, daß es eigentlich hierher gehöre, nur aus besonderen Gründen des Zusammenhanges einstweilen verschoben, und anderswo abgehandelt werde.

chen zu einer natürlichen Einheit können erst in der Eigenthumslehre entwickelt werden. Im Allgemeinen kann man sagen, daß diese Verbindung entweder von innen heraus durch Erzeugung (dann heißt die accessorische Sache „Frucht"), oder von außen her durch natürliche Ereignisse (z. B. Alluvion), oder künstlich durch menschliche Handlung (die verschiedenen Arten der s. g. Adjunctio) hervorgebracht werden kann.

2) Die Frucht, solange sie in dem natürlichen Zustande verharrt, in welchem sie unmittelbarer Theil der erzeugenden Hauptsache ist *), folgt aus diesem Grunde nothwendig dem rechtlichen Schicksal der letzteren. Ist nun die Frucht durch Trennung von der Hauptsache zu einer natürlichen Selbständigkeit gelangt, so hat sie zwar den Character einer Accession im engeren Sinn verloren, aber ihre Eigenschaft als Nebensache ist dadurch noch nicht erloschen. Dies äußert sich juristisch darin, daß die zufällig oder absichtlich getrennte Frucht (fructus separatus) demjenigen rechtlich zufällt, welcher an der Hauptsache selbst (nämlich der Substanz, dem corpus ipsum) ein dingliches Recht hat. Darum hat der Eigenthümer, der Emphyteuta, der bonae fidei possessor einer Sache auch ein Recht **) an den von ihr separirten Früchten. Andere Subjecte dagegen können nur durch eine Handlung, nämlich durch Besitzergreifung, welche man hier perceptio fructuum nennt, das Eigenthum der separirten Früchte erwerben, vor-

---

*) L. 44 D. de rei vind. Fructus pendentes pars fundi videntur. L. 25 § 6 D. quae in fraud. credit.

**) L. 25 § 1 D. de usur. et fruct. — porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis praediorum tributum est. Praeterea, cum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus juris in percipiendis fructibus habent? cum fructuarii quidem non fiant, antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut ejus, qui vectigalem fundum habet, fructus fiunt, simul atque solo separati sunt. — Das Nähere hierüber, insbesondere die Beantwortung der Frage, ob und wie sich die Rechte dieser verschiedenen Subjecte an den separirten Früchten unterscheiden, gehört in die besonderen Lehren.

ausgesetzt, daß sie aus einem besonderen Grunde ein Recht auf den Fruchtgenuß der fruchttragenden Sache haben, so der Usufructuar und der Pächter *). Aus diesem Begriff der Perception erhellt, daß sie keineswegs einen absoluten Gegensatz gegen die Separation bildet. Denn wenn der trennende Act von einem zum Fruchtgenuß Berechtigten selbst oder von einem Anderen in dessen Namen vorgenommen wird, so ist diese Separation eben eine Besitzergreifung, also Perception der Frucht. Allerdings aber kann die Separation geschehen, ohne daß die Frucht zugleich percipirt wird, wenn sie nämlich von einem Unberechtigten ausgeht, oder durch Zufall geschieht **).

3) Solche Nebensachen, welche nicht integrirende Theile der Hauptsache geworden sind, und auch nicht den Character der Früchte haben, aber doch in einem solchen Verhältniß zu einer anderen Sache stehen, daß sie als ihr angehörig betrachtet werden müssen, und jede ausdrücklich nur die Hauptsache betreffende Willensverfügung präsumtiv auch auf sie bezogen werden muß, sind Pertinenzen. Von den beiden Fragen: was ist der Grund der Pertinenzqualität einer Sache? und: welche Rechtswirkungen hat diese Eigenschaft einer Nebensache? gehört nur die erste näher in unsere Lehre. Um den Begriff der Pertinenzen aufzufassen, kommt es darauf an, daß man sie einerseits von den Nebensachen, welche wesentliche Theile der Hauptsache selbst geworden sind, und anderseits von denjenigen Sachen unterscheide, welche zwar häufig in einem Obligationsverhältniß neben einem Hauptobject mitgeleistet werden, aber nur dann mitgeleistet zu werden brauchen, wenn die Willensdisposition sie ausdrücklich mitbefaßt. Die Lehre

*) § 36 J. de rer. divis. L. 12 § 5 D. de usufr. — quoniam fructus non fiunt usufructuarii, nisi ab eo percipiantur, licet ab alio terra separentur — mox apprehensi fructuarii efficientur —.

**) Eine oberflächliche Kunde der übrigen Eintheilungen der Früchte in fructus naturales und civiles, und ersterer in mere naturales und industriales, ferner in fructus percepti und percipiendi, und endlich der getrennten Früchte in fructus exstantes und consumti s. deperditi muß hier vorausgesetzt werden. Die tiefere Würdigung ihres juristischen Interesse kann aber erst in den einzelnen Lehren geschehen, wo die Wichtigkeit dieser Unterscheidungen practisch hervortritt.

von den Pertinenzen beruht auf einer Interpretation aus der Natur der Sache: das Verhältniß zweier Sachen muß erkennen lassen, daß die eine der anderen unterworfen ist und angehört, ohne doch einen wesentlichen Bestandtheil derselben auszumachen. Der entscheidende Grundsatz ist hier folgender: derjenigen Sache, welche die Eigenschaft einer Pertinenz haben soll, muß durch irgend eine Handlung die Bestimmung auferlegt worden seyn, den Zwecken einer anderen, welche darum als Hauptsache erscheint, zu dienen, und zugleich muß sie von Natur befähigt seyn, dieser ihr auferlegten Bestimmung entsprechen zu können. Jener durch eine Handlung ausgeführte Wille eines Privaten, und diese natürliche Anlage der Sache selbst sind die beiden Momente, welche zusammen die Pertinenzqualität einer Sache begründen. Aber auch nur das Zusammentreffen beider Momente genügt hierzu: denn weder vermag die bloße Willkühr eines Privaten eine solche Wirkung hervorzurufen, wenn die Natur der Sache der Bestimmung widerspricht, noch auch reicht dazu das bloße factische Verhältniß zweier Sachen z. B. ihre Cohärenz hin, wenn dieses Verhältniß bloß zufällig, und nicht die Folge eines Willens ist, welcher die natürliche Eigenschaft der Sache wirklich benutzt hat, um das bezweckte Pertinenzverhältniß hervorzubringen. Die nähere Erörterung des angegebenen Grundsatzes macht es nöthig, zwischen den verschiedenen Arten von Sachen zu unterscheiden, und zwar in folgender Weise:

a) B e w e g l i c h e S a c h e n a l s P e r t i n e n z e n v o n G e b ä u d e n. Zur Begründung dieses Verhältnisses gehört, daß die Sache dem Gebäude selbst, und nicht bloß den besonderen Zwecken des Besitzers dienstbar ist. Dazu aber ist erforderlich, daß die Sache vermöge ihrer Natur den Nutzen oder die Annehmlichkeit des Gebäudes fördern kann, ferner daß sie zu diesem Dienst und zwar nicht bloß temporair bestimmt worden, und endlich, daß diese Bestimmung durch wirkliche Verwendung der Sache schon ausgeführt worden ist *). Eignet sich eine Sache

---

*) L. 17 § 7 D. de act. emt. Labeo generaliter scribit, ea, quae p e r p e t u i u s u s c a u s a in aedificiis sunt, aedificii esse, quae vero

auch zu dem beabsichtigten Dienst, ist aber noch nicht wirklich dazu benutzt, so gehört sie noch nicht zu den Pertinenzen des Gebäudes, sondern zu den Sachen, welche die römischen Quellen „ruta caesa" nennen *).

---

ad praesens, non esse aedificii, ut puta fistulae, temporis quidem causa positae, non sunt aedium; verum tamen, si perpetuo fuerint positae, aedium sunt. L. 242 § 4 D. de verb. signif. Straturam loci alicujus ex tabulis factis, quae aestate tollerentur, et hyeme ponerentur, aedium esse; ait Labeo: quoniam perpetui usus paratae essent, neque ad rem pertinere, quod interim tollerentur. L. 13 § 31 D. de act. emt. Aedibus distractis vel legatis, ea esse aedium, solemus dicere, quae quasi pars aedium vel propter aedes habentur, utputa puteal. L. 245 D. de verb. signif. Statuae affixae basibus structilibus, aut tabulae relegatae catenis, aut erga parietem adfixae, aut si similiter cohaerent lychni, non sunt aedium: ornatus enim aedium causa parantur, non quo aedes perficiantur. Die letztere Stelle wird verdeutlicht durch L. 139 § 1 D. eod. Perfecisse aedificium is videtur, qui ita consummavit, ut jam in usu esse possit. Ist das Ornament ein perpetuirliches Ornament des Gebäudes selbst, seiner Natur und Bestimmung nach, so gehört es in diesem Sinn mit zur Vollendung desselben, ist quasi pars aedium, und Pertinenz (z. B. L. 12 § 23 D. de instruct. legat. L. 41 § 12 D. de legat. 1). Hat es von Anfang an nicht diese Natur und Bestimmung, so ist es trotz etwaniger Verbindung mit dem Gebäude, doch nicht ihm selbst angehörig, sondern ist ein für sich bestehendes Ornament, welches nur dem Besitzer dient.

*) Im eigentlichen Sinn sind das eruta et caesa d. h. Sachen, welche vom Boden zu dem Zweck getrennt sind, um für ein Gebäude verwandt zu werden, aber noch nicht gebraucht worden sind. Im weiteren Sinn nennt man so alle Sachen, welche zum Gebrauch für ein Gebäude bestimmt, aber noch nicht verwandt, also noch keine Pertinenzen desselben geworden sind: L. 17 § 5. 6 D. de act. emt. Item quod insulae causa paratum est, si nondum perfectum est, quamvis positum in aedificio sit, non tamen videtur aedium esse. Si ruta et caesa excipiantur in venditione, ea placuit esse ruta, quae eruta sunt, ut arena, creta et similia: caesa ea esse, ut arbores caesas, et carbones et his similia Gallus autem Aquilius recte ait, frustra in lege venditionis de rutis et caesis contineri, quia, si non specialiter venierunt, ad exhibendum de his agi potest. neque enim magis de materia caesa aut de caementis aut de arena cavendum est venditori, quam de caeteris, quae sunt pretiosiora. L. 17 § 10. 11 eod. L. 18 § 1 eod. Tegulae, quae nondum aedificiis impositae sunt, quamvis tegendi gratia allatae sunt, in rutis et caesis habentur —. L. 241 D. de verb. signif.

Wenn ferner eine Sache zwar wirklich in dem Gebäude und in Verbindung mit demselben benutzt worden ist, aber von Anfang an nur zu temporairen Zwecken, oder doch nicht in der bestimmten Absicht, daß sie für immer diesen Dienst versehen solle, so gilt sie aus dem Grunde nicht als Pertinenz, weil sie hier offenbar nicht für das Gebäude selbst bestimmt ist, sondern nur der Nutzen oder die Annehmlichkeit des einstweiligen Herrn des Gebäudes dadurch beabsichtigt wird, z. B. wenn er sie zwar mit dem Gebäude verbindet, aber nur für seinen Gewerbsbetrieb, oder wenn er zierende Gegenstände mit dem Hause so in Connex setzt, daß man erkennt, er wolle die Annehmlichkeit derselben nur selbst genießen, nicht aber als dauernde Zierde dem Hause selbst lassen *). Wenn aber durch den wirklich und im Dienst

---

In rutis caesis ea sunt, quae terra non tenentur, quaeque opere structili tectoriove non continentur.

*) Solche Sachen, welche mehr den Zwecken des Besitzers, als dem Gebäude selbst dienen, und welche in den Quellen unter den Namen „instrumentum domus, suppellex, instrumentum negotii artisve, ornamentum s. quae ornatus causa in aedificio sunt" vorkommen, sind nicht als Pertinenzen zu behandeln. Darum gilt von ihnen der Satz der L. 14 D. de supellectil. legat. — nam et domo legata, neque instrumentum ejus, neque suppellex aliter legato cedit, quam si id ipsum nominatim expressum a testatore fuerit. Es ist für die Aufhellung des Begriffes der Pertinenzen sehr förderlich, die Natur solcher Sachen, welche in näherer oder entfernterer Beziehung auf Gebäude stehen, und doch den Gegensatz der Pertinenzen ausmachen, näher zu erkennen. Darum sollen hier die in den Quellen vorkommenden brauchbaren allgemeinen Begriffsbestimmungen solcher Sachen angegeben werden, wovon sich dann leicht eine Anwendung auf einzelne Sachen machen läßt: L. 12 § 16 D. de instruct. legat. Si domus sit instrumentum legatum, videndum, quid contineatur? Et Pegasus ait, instrumentum domus id esse, quod tempestatis arcendae aut incendii causa paratur; non quod voluptatis gratia: itaque neque specularia, neque vela, quae frigoris causa vel umbrae in domo sunt, deberi. Quae sententia Cassii fuit, qui dicebat, inter instrumentum et ornamentum multum interesse: instrumenti enim ea esse, quae ad tutelam domus pertinent, ornamenti, quae ad voluptatem, sicuti tabulas pictas (vgl. die Beispiele in den darauf folgenden §§). Das instrumentum und orna-

des Gebäudes gemachten Gebrauch der Sache die Pertinenzqualität derselben einmal begründet ist, so kann diese nicht anders als durch die wirkliche Ausführung eines jener Begründung entgegengesetzten Willens aufgehoben werden (z. B. Trennung von der Hauptsache ohne Absicht der Wiedervereinigung, Verwendung zu einem anderen Gebrauch). Denn eine bloß temporäre (d. h. in der Absicht künftiger Wiedervereinigung und fortgesetzten Gebrauches vorgenommene) Trennung vom Gebäude hat diese Wirkung nicht *). Aus den vorstehenden Erörterungen wird einleuchtend seyn, daß man in dieser Lehre mit dem simpelen Satz „Alles, was Erd-, Wand-, Band-, Mauer-, Nied- und Nagelfest ist, sey Gebäudepertinenz“ nicht ausreicht, da weder jede Verbindung der Art hinreicht, um Pertinenzqualität zu begründen, noch auch anderseits immer eine körperliche Verbindung der Sache mit dem Gebäude nöthig ist, um sie zu einer Pertinenz desselben zu machen **). Nicht minder ist es klar, daß die Cohäsion einer Sache mit einem Hause die Pertinenzqualität erzeugen kann, wenn nämlich aus der Art der Verbindung und Befestigung ersichtlich ist, daß sie zum beständigen Gebrauch für das

---

mentum sind zwar unter einander verschieden, stimmen aber darin überein, daß sie nicht zu den Pertinenzen gehören, weil sie nur den sicheren und angenehmeren Besitz eines Hauses bezwecken, also eigentlich nur für die Person, nicht unmittelbar für die Sache bestimmt sind. Uebrigens ist von dem Ornament schon S. 332 bemerkt worden, daß es, je nach der Bestimmung, welche man ihm giebt, bald Pertinenz seyn kann, bald nicht. Dasselbe gilt nun auch von manchen Sachen, welche gewöhnlich die Natur des bloßen instrumentum haben. Beispiele für istrumentum negotiationis: L. 13. L. 17. L. 23 D. de instruct. legat.

*) L. 17 § 10 D. de act. empt. Ea quae ex aedificio detracta sunt, ut reponantur, aedificii sunt —. L. 17 § 11. L. 18 § 1 D. eod. (z. B. eine Trennung zum Zweck der Reparatur beabsichtigt ja grade, die Sache für ihren Dienst tauglicher zu machen).

**) L. 17 pr. D. de act. emt. — aedium autem multa esse, quae aedibus adfixa non sunt, ignorari non oportet, utputa seras, claves, claustra —. L. 17 § 8 eod.

Gebäude selbst bestimmt sey. Hieraus versteht sich schon von selbst, daß es manche Fälle geben muß, wo die Beurtheilung, ob eine Sache Pertinenz sey, schwankt. Eine mechanische Sicherheit durch allgemeine Grundsätze darf man weder hier, noch überall, wo es auf Interpretation aus der Natur der Sache ankommt, erwarten. Es ist ganz richtig, wenn man behauptet, daß zur Begründung der Pertinenzqualität einer an sich beweglichen Sache die Cohäsion mit dem Gebäude (welche in den Quellen unter den verschiedenen Namen der Infixion, Adfixion, Infossion, Inaedificication u. s. w. vorkommt) als solche nicht ausreicht, und daß es wesentlich auch darauf ankommt, daß die affigirte oder infigirte Sache auch ihrer Natur nach dazu befähigt und bestimmt ist, dem Gebäude den perpetuirlichen Nutzen oder die Annehmlichkeit zu gewähren, welche sie nach der Bestimmung des Besitzers ihm gewähren soll. Aber, diese natürliche Brauchbarkeit der Sache vorausgesetzt, ist es doch ganz besonders die feste Verbindung derselben mit dem Gebäude, aus welcher man einen Schluß auf die ihr gegebene Bestimmung, demselben als Pertinenz zu dienen, ziehen kann *).

*) Die Art der Verbindung mit dem Hause, insbesondere, ob sie fest oder nur oberflächlich ist, entscheidet, ob der, welcher sie vornahm, dabei an den beständigen Dienst der Sache für das Gebäude dachte, oder eigentlich nur seinen persönlichen Nutzen während seines Besitzes im Auge hatte z. B. L. 245 D. de verb. signif. vgl. m. L. 41 § 12 D. de legat. 1. L. 12 § 23 D. de instruct. legat. Ferner L. 21 L. 26 D. eod. Dann aber giebt es auch viele Sachen, welche trotz fester Verbindung mit dem Gebäude doch nicht die Qualität von Pertinenzen haben: L. 17 p. D. de act. emt. — multa etiam defossa esse, neque tamen fundi aut villae haberi, utputa vasa vinaria, torcularia, quoniam haec instrumenti magis sunt, etiamsi aedificio cohaerent. L. 38 § 2 D. eod. Firmus a Proculo quaesivit, si de plumbeo castello fistulae, sub terram missae, aquam ducerent in aënum lateribus circumstructum, an hae aedium essent? an ut ruta caesa vincta fixaque, quae aedium non essent? Ille rescripsit, referre, quid acti esset. Quid ergo, si nihil de ea re neque emptor neque venditor cogitaverunt, ut plerumque in ejusmodi rebus evenisse solet? nonne propius est, ut inserta et inclusa aedi-

b) Bewegliche Sachen als Pertinenzen anderer Grundstücke. Auch hier ist das wesentliche Erforderniß der Pertinenzqualität, daß die Sache für das Grundstück selbst bestimmt ist. Darum entscheidet

---

ficio partem ejus esse existimemus? Die Nothwendigkeit einer relativen Beurtheilung der Pertinenzqualität einer Sache, je nach Art ihrer Verwendung in dem Gebäude und für das Gebäude, kann schon aus nachfolgenden Beispielen erhellen: L. 12 § 16 D. de instr. legat. (Hier werden specularia als bloßes ornamentum behandelt). L. 15 § 6 D. de usufr. (Hier werden sie als instrumentum domus betrachtet). L. 12 § 25 D. de instruct. legat. Specularia quoque adfixa magis puto domus esse partem: nam et in emptione domus et specularia et pegmata cedere, sive in aedificio sunt posita, sive ad tempus detracta. Sed si non sint reposita, ad hoc tamen sint, ut suppleantur, si qua desint, instrumento potius continebuntur. (Hier werden sie je nach Art ihrer Verwendung, nach der ihnen auferlegten Bestimmung, bald als Pertinenzen, bald als bloßes instrumentum behandelt). L. 17 pr. D. de act. empt. vgl. m. L. 21 D. de instruct. legat. Ferner L. 18 pr. de act. emt. L. 76 D. de contr. empt. vgl. m. L. 93 § 4 D. de leg. 3. — Wer für das practische Recht die Lehre von den Pertinenzen im Detail zu bearbeiten unternimmt, gelangt nie zu einem practisch brauchbaren Resultat, wenn er sich auf die römischen Controversen über die Pertinenzqualität einzelner Sachen, und auf Untersuchungen über die Natur der im Corpus juris beispielsweise angeführten Sachen einläßt. Die rechte Arbeit ist, selbständig von Principien aus die einzelnen im heutigen Verkehr vorkommenden Sachen zu beurtheilen, und so den Versuch zu machen, auf eigene Hand ein für die Gegenwart brauchbares Material zu liefern, grade so, wie die römischen Juristen es, durch eine selbständige Theorie von innen heraus, für ihre Zeit gethan haben. Kaum ist es thunlich, die römischen Quellen hier auch nur zum Muster zu nehmen, für den Punct, auf welchen es practisch eigentlich ankommt, nämlich für die concrete Beurtheilung der einzelnen im practischen Leben vorkommenden Sachen, indem sie grade hier dadurch unbrauchbar werden, daß wir nur eine oberflächliche Kunde von der Natur und dem Gebrauch der in den Quellen erwähnten römischen Sachen haben. Viel weniger aber ist es möglich, überall von den römischen Entscheidungen der einzelnen Fälle eine unmittelbare practische Anwendung zu machen, weil diese Entscheidungen sich häufig auf eigenthümliche, unseren Sitten und Gebräuchen fremde, Zwecke und Benutzungsarten von Sachen beziehen. Beruht die Lehre von den Pertinenzen auf Interpretation aus der Natur der Sache, so ist es die Pflicht des heutigen Juristen, eben die eigenthümliche Natur unserer Sachen zu erforschen, und darauf die Theorie zu gründen.

auch hier zunächst die feste Verbindung mit dem Boden, so daß die Sache als eine perpetuirliche Einrichtung auf demselben erscheint *), und dadurch von allen den Sachen unterschieden wird, welche zwar auch auf dem Grund und Boden sich befinden, aber nur dem persönlichen Nutzen des Besitzers dienen **).

c) Unbewegliche Sachen als Pertinenzen von Gebäuden. Dieses Verhältniß kann dadurch hervorgebracht werden, daß irgend ein Landstück, welches durch natürliche Lage, Größe u. s. w. sich dazu eignet, durch die Benutzung des Eigenthümers (z. B. als Hofraum, als Garten) so mit dem Gebäude in Verbindung gesetzt ist, daß daraus unverkennbar seine Absicht hervorgeht, es für immer als Nebentheil desselben gelten lassen zu wollen ***).

---

*) L. 17 pr. D. de act. emt. Fundi nihil est, nisi quod terra se tenet — multa etiam defossa esse, neque tamen fundi aut villae haberi —. Also die feste Verbindung ist hier zwar auch wesentlich, aber begründet doch nicht schon für sich allein das Pertinenzverhältniß. Auch ist eine feste Verbindung nicht grade unumgänglich nöthig, wenn nur die Sache dem Grund selbst dient und beständig ihm destinirt ist, (z. B. L. 17 § 2 D. eod. Fundo vendito vel legato sterculinum et stramenta emptoris et legatarii sunt, ligna autem venditoris vel heredis, quia non sunt fundi, tametsi ad eam rem comparata sunt. In sterculino autem distinctio Trebatii probanda est, ut, si quidem stercorandi agri causa comparatum sit, emptorem sequatur, si vendendi, venditorem, nisi si aliud actum est. Nec interest, in stabulo jaceat, an acervus sit.), vorausgesetzt in jedem Fall, daß die der Sache gegebene Bestimmung nicht mehr bloße Absicht, sondern schon realisirt ist (L. 17 § 11 eod.)

**) z. B. das Gutsinventarium, Gewerbsgeräthschaften. Auch hier ist es wichtig, den Begriff von instrumentum fundi, als den Gegensatz der Pertinenzen, aufzufassen, welcher in den Quellen so angegeben wird: L. 8. pr. D. de instruct. legat. In instrumento fundi ea esse, quae fructus quaerendi, cogendi, conservandi gratia parata sunt, Sabinus evidenter enumerat —. L. 12 pr. eod. — instrumentum est apparatus rerum diutius mansurarum, sine quibus exerceri nequiret possessio —. Die juristische Behandlung solcher Sachen ist auch hier: „Fundo legato, instrumentum ejus non aliter legato cedit, nisi specialiter id expressum sit“ (L. 14 D. de supellect. legat.).

***) L. 91 § 5 D. de legat. 3. Qui domum possidebat, hortum

d) Unbewegliche Sachen als Pertinenzen anderer Grundstücke. Hier müssen jene die Bedeutung bloßer Nebenländereien haben, welche wirklich den (z. B. wirthschaftlichen) Zwecken eines Hauptgrundstücks untergeordnet sind *).

e) Auch bewegliche Sachen können andere bewegliche zu Pertinenzen haben. Die bisher angegebenen Grundsätze müssen auch hier leiten **).

---

vicinum aedibus comparavit, ac postea domum legavit; si hortum domus causa comparavit, ut amoeniorem domum ac salubriorem possideret, aditumque in eum per domum habuit, et aedium hortus additamentum fuit, domus legato continebitur. L. 52 § 3 D. de act. emt. L. 31 D. de legat. 3. L. 91 § 6 eod.

*) Aus mancherlei Thatsachen läßt sich diese Unterordnung erkennen, z. B. daraus, daß das uno pretio mit dem Hauptgrundstück erstandene Landstück unter dem Namen des ersteren in den Rechnungen und Büchern aufgeführt wird, daß Einkünfte und Ausgaben des letzteren als ersterem angehörig unter dessen Namen verzeichnet werden u. s. w. L. 91 § 3 D. de legat. 3. „Titio Sejana praedia, sicuti comparata sunt, do, lego". Cum essent Gabiniana quoque simul uno pretio comparata, non sufficere solum argumentum emptionis, respondi, sed inspiciendum, an litteris et rationibus appellatione Sejanorum Gabiniana quoque continentur, et utriusque possessionis confusi reditus titulo Sejanorum accepti lati essent. L. 20 § 7 L. 27 § 5 D. de instruct. legat.

**) Die Beurtheilung ist, wie in dieser Lehre überhaupt, relativ, so daß nach Umständen in einem Fall als Pertinenz gelten kann, was in einem anderen Fall nicht dahin zu zählen ist: L. 15 D. de tritic. vin. legat. L. 3 § 11 L. 4 D. de penu legat. L. 66 D. de legat. 3.

# Fünftes Capitel.

## Der Besitz.

### §. 14.

Diese Lehre muß mit der Betrachtung des vulgären Begriffes des Besitzes beginnen, denn, wenn auch dieser natürliche Besitz von dem juristischen abweicht, so setzt doch, wie sich ergeben wird, dieser jenen in der Wirklichkeit und darum auch begriffsmäßig nothwendig voraus. Im natürlichen Sinn besitzt eine Sache Jeder, welcher sich in einem solchen äußerlichen räumlichen Verhältniß zu ihr befindet, daß ihm dadurch körperlich die unmittelbare Einwirkung auf dieselbe möglich ist, und, weil jede Raumerfüllung nothwendig ausschließlich ist, zugleich Jeder Andere in demselben Augenblick von dem nämlichen Verhältniß zu ihr ausgeschlossen wird. Dieses Besitzen ist aber nur ein beschränktes momentanes, denn es ist bedingt durch das unmittelbare gegenwärtige Daseyn des bestimmten Zustandes oder der Thätigkeit, durch welche dieses Verhältniß des Menschen zur Sache hervorgebracht und vermittelt wird. Es ist ferner ein bloß äußerlicher körperlicher Besitz, denn es wird dazu nichts, als das körperliche Verhalten zur Sache erfordert (z. B. Berühren, Betreten, überhaupt unmittelbare Nähe neben oder auf der Sache), und es ist für den Begriff dieses körperlichen Innehabens (Detention) an sich ganz gleichgülig, ob die dazu erforderliche Thätigkeit bewußt oder unbewußt vorgenommen wird, also ob sie ein wirkliches Handeln ist, oder nicht *). Nur da, wo in Folge eines besonderen

*) Z. B. kann diese Detention als ein bloß körperliches Verhältniß auch von einem furiosus und infans ausgehen. — Wer eine verlorne fremde Sache findet oder ein fremdes Grundstück betritt, besitzt die Sache körperlich, aber wenn er sie ihrem rechtmäßigen Inhaber wieder einhändigen will, oder das Grundstück nicht für sich einzunehmen beabsichtigt, so ist sein Innehaben doch nur ein zufälliges in sich momentanes, welches aufhört, sobald das körperliche unmittelbare Verhältniß zur Sache verschwunden ist.

Rechtsverhältnisses die Detention als Ausübung des einem Andern zustehenden juristischen Besitzes erscheint, bringt es die Natur dieses Verhältnisses, nicht aber die Natur der Detention als solche, mit sich, daß der Detentor bewußt und absichtlich die Sache detinirt *). Aus allem diesem geht hervor, daß die bloße Detention nicht eine wahre Herrschaft über die detinirte Sache ist, und zugleich ist aus ihrem Begriff selbst zu erkennen, was ihr fehlt, um wirkliches Beherrschen der Sache zu werden. Jeder Detentor nämlich steht in einem solchen Verhältniß zur Sache, daß man von ihm behaupten kann, er habe die nächste Möglichkeit, Herr derselben zu werden, wenn er wollte (oder wollen könnte). Aber er ist nicht Herr derselben, und zwar deswegen, weil ihm das Wollen fehlt **).

Anderseits wird es Jedem einleuchten, daß auch ein socher Wille für sich genommen noch nicht wirkliche Herrschaft der Sache ist. Er ist nur noch der auf das Haben und Beherrschen der Sache gerichtete Wille (animus rem sibi habendi), welcher, wenn er auch durch Wort oder That als ein ernstlicher Wille erkennbar geworden, doch noch nicht durch solche Handlungen ausgeführt ist, welche seinem Inhalt entsprechen, also die beabsichtigte Herrschaft zu realisiren geeignet sind. Die bloße Detention ist die physische Macht ohne ein ihr entsprechendes Wollen; hier aber fehlt dem Wollen das Können, und darum ist dieser Wille juristisch eben so wesenlos, als jene Detention. Aber beide sind nothwendige Durch-

*) Z. B. der Commodatar und Miether gebrauchen die Sache vermöge ihres Rechts, der Depositar verwahrt sie vermöge seiner Pflicht, aber ihr Besitz ist nur eine körperliche Innehabung, welche hier das practische Interesse des Obligationsverhältnisses ausmacht, und zugleich dem locirenden, commodirenden und deponirenden Eigenthümer seinen wirklichen Besitz conservirt (§ 5 J. de interdict.).

**) Die römischen Juristen gebrauchen für den Begriff des von uns s. g. natürlichen oder körperlichen Besitzes die entsprechende Terminologie „naturalis s. corporalis possessio, tenere (das bloße Halten und Innehaben), esse in possessione" (welches treffend die bloße Aeußerlichkeit des körperlichen auf oder an der Sache Verweilens im Gegensatz des wirklichen possidere bezeichnet). L. 9 D. de rei vind. L. 3 § 3 L 10 § 1 L. 24 L. 49 D. de acquir. possess.

gangsmomente für den wirklichen Begriff des Besitzes, d. h. ein Subject kann nur Besitzer werden, wenn jene Stufen der Detention und des animus rem sibi habendi von ihm durchgemacht sind, mag nun der Wille der Detention, oder diese jenem voraufgehen, oder beide zufällig coincidiren. Aber sie sind auch nur die Voraussetzungen für den wirklichen Besitz, nur seine Grundlage, d. h. sie legen den Grund zur Entstehung dieses Begriffes, sind aber unwesentlich für den entstandenen Begriff selbst, gehören also dem wirklichen Besitz nicht mehr an. Dieser Gegensatz des Besitzes gegen die Detention und den animus rem sibi habendi soll nun zunächst entwickelt, und dann angegeben werden, wie er sich vom Recht unterscheidet.

### I. Begriffsentwicklung des Besitzes.

Der wirkliche Besitz ist der ausgeführte durchgesetzte Wille, welcher nicht mehr bloß darauf gerichtet ist, die Herrschaft der Sache zu erlangen (animus rem sibi habendi), sondern schon wirklich der Sache mächtig ist (animus possidentis *)). Er ist der Wille, welcher durch ein ihm entsprechendes äußeres Thun sich schon realisirt hat, woraus denn von selbst einleuchtet, daß für den Begriff dieses Besitzes die unmittelbare Detention ein unwesentliches Merkmal ist. Grade deshalb, weil dieser Besitz die stetige Fortdauer des unmittelbaren Verhältnisses zur Sache nicht fordert, ist er und er allein wirkliche factische Herrschaft über die Sache: er hat nicht die Beschränktheit, die Zufälligkeit, die in sich temporäre Natur der bloßen Detention (des natürlichen Besitzes). Das Wesen dieses Besitzes ist die Einheit des Wollens und Könnens, das Zusammentreffen dieser beiden Momente in demselben Subject, d. h. daß der, welcher einmal Herr einer Sache geworden ist, eben deshalb unmittelbar auf sie einwirken kann, also die willkührliche Möglichkeit der Reproduction des unmittelbaren Verhältnisses zur Sache hat, ohne daß es erforderlich ist, daß er das wirklich thut oder thun will. Hierbei ist nicht außer Acht zu lassen, daß dieses Herr-

*) L. 1 § 20 D. de acquir. poss.

schen, dieses Können ein erworbenes, also durch die That der Erwerbung erst zur Reife gebracht ist, daher man gegen die Richtigkeit jenes Begriffes des Besitzes nicht einwenden kann, jene Möglichkeit der Herrschaft, jenes Herrschen-Können stehe doch wenigstens jedem Anderen eben so gut offen, als einem solchen Besitzer, und es müsse deshalb derjenige, welcher jenen Begriff von Besitz behaupte, doch am Ende eingestehen, daß die unmittelbare Detention der wahre und ursprüngliche Begriff des Besitzes sey, und daß jener angebliche Begriff (welcher der Detention nicht bedürfe) nichts anderes sey, als die von der Natur der Sache abweichende, nur auf gesetzlicher Fiction beruhende Fortdauer des Besitzes *).

*) Wenn wir das Wesen des (begründeten, daseyenden) Besitzes in die ausschließliche Möglichkeit willkührlicher Erneuerung der Detention setzen, oder, was dasselbe ist, behaupten, daß die wirkliche unmittelbare Einwirkung auf die Sache für den Begriff des Besitzes gleichgültig sey, und anderseits einräumen, daß doch auch einem Nichtbesitzer die Möglichkeit einer Einwirkung auf die Sache nicht abgesprochen werden könne, so ist das kein Widerspruch. Denn jene Möglichkeit des Besitzers ist eine durch den voraufgegangenen Erwerbsact begründete wirkliche, die des Nichtbesitzers dagegen eine nur abstracte, welche erst durch den Erwerbsact in ein wirkliches Können verwandelt wird. Mit anderen Worten: der Nichtbesitzer hat die bloße Möglichkeit Besitzer zu werden, wozu aber natürlich erforderlich ist, daß der Besitzer seine wirkliche Macht über die Sache erst verliert. Die falsche Auffassung des Begriffes hat Manche zu der Behauptung verleitet, es lasse sich überhaupt kein durchgreifender Grundbegriff aufstellen, und die (von ihnen s. g.) Fortdauer des Besitzes sey eine bloße Gesetzesfiction ohne innere Nothwendigkeit. So wird diese natürliche höchst einfache Lehre des Besitzes zu einem Product willkührlicher Gesetzgebung gestempelt, obwohl grade sie in allen ihren Einzelheiten nur das Resultat einer gesunden theoretischen Anschauung und einer einfachen Interpretation aus der Natur der Sache ist. In den Quellen findet sich nichts, was die Behauptung solcher Fictionen und Singularitäten zu unterstützen vermöchte. Wer sich erinnert, daß es für den practischen Gebrauch hauptsächlich auf die Bestimmungen über den Erwerb und Verlust des Besitzes ankommt, daß der Sinn und die Anlage der römischen Juristen lediglich auf das Practische gerichtet war, und daß die reine wissenschaftliche Anschauung des Begriffes durchaus außer ihrem intellectuellen Gesichtskreis lag, der wird sich nicht wundern, daß wir in den Quellen sehr vieles über Erwerb und Verlust, aber wenig oder gar nichts brauch-

Wenn nun das factische Haben, das unmittelbare natürliche Besitzen der Sache für den Bestand des wirklichen Besitzes gleichgültig ist, so folgt, daß der wesentliche Character, das unentbehrliche Merkmal dieses Besitzes der (einmal durch die That bekräftigte und als wirkliche Herrschaft über die Sache bewährte) Wille ist, durch welchen allein der Begriff erhalten wird (solo animo retinetur possessio *)). Hiernach läßt sich das Verhältniß der Detention zum Besitz folgendermaaßen bestimmen. So wie man bei einem Recht das Recht selbst (den juristischen Character) und den Inhalt desselben unterscheiden kann, und der Begriff und das Bestehen des Rechts nicht von der wirklichen Ausübung dieses Inhalts abhängig ist, so kann man auch bei dem Besitz den Begriff selbst (seinen juristischen Charakter) von seinem factischen Inhalt unterscheiden, welcher nichts anderes ist, als jenes natürliche Besitzen und körperliche Detiniren. Die Ausübung dieses factischen Inhalts kann auch hier unbeschadet des juristischen Begriffes unterlassen, oder auch (als naturalis s. corporalis possessio, tenere, in possessione esse) einem Anderen überlassen werden, welcher dann alieno nomine possidet **). Dieser von

---

bares über den Begriff des Besitzes antreffen, obwohl insonderheit der häufig erwähnte Satz „solo animo retinetur possessio" eine solche Begriffsentwicklung hätte hervorrufen müssen.

*) L. 3 § D. de acquir. poss. Sed et si animo solo possideas, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides. L. 3 § 8 eod. — Quod si servus vel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint discesserintve, animo retinebo possessionem. L. 3 § 11 eod. Saltus hybernos aestivosque animo possidemus, quamvis certis temporibus eos relinquamus. — Die Lehre vom Verlust des Besitzes handelt näher von der Anwendung dieses Satzes.

**) L. 3 § 12 eod. Caeterum animo nostro, corpore etiam alieno possidemus, sicut diximus per colonum et servum —. L. 9 eod. Generaliter quisquis omnino nostro nomine sit in possessione, veluti procurator, hospes, amicus, nos possidere videmur. L. 18 pr. eod. Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere, nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere, et alium possessorem ministerio meo facio, nec idem est, possidere, et alieno nomine possidere. Nam possidet, cujus nomine possidetur. Procurator alienae possessioni praestat ministerium. Also der Besitzer besitzt die Sache, obwohl ein Anderer sie körperlich inne hat,

der unmittelbaren Thatsache des Innehabens, als seinem Inhalt und seiner Ausübung, unterschiedene und unabhängige Besitz ist es allein, welcher juristisch in Betracht kommt, und juristischer Bestimmungen fähig ist *). Darum kann man ihn

---

denn dieser hat sie nur körperlich, und will sie nicht beherrschen, will sie nicht für sich haben und den Anderen davon ausschließen, sondern sein natürlicher Besitz dient grade dem Willen des Anderen, und gewährt ihm practisch die Möglichkeit, sich den Besitz troß der räumlichen Entfernung von der Sache sicher zu erhalten. Der natürliche Besitzer will durch die körperliche Innehabung der Sache nur ein practisches Interesse befriedigen, d. h. das, was ihm vermöge eines Obligationsverhältnisses (z. B. durch Miethe, Pacht, Commodat, missio in possessionem) eingeräumt, oder als Pflicht (z. B. durch Depositum) auferlegt ist, oder was ihm als Inhalt eines dinglichen Rechts (z. B. durch Ususfructus) zusteht, realisiren. L. 6 § 2 D. de prec. — et fructuarius, inquit, et colonus et inquilinus sunt in praedio, et tamen non possident. L. 12 pr. D. de acquir. poss. Naturaliter videtur possidere is, qui usumfructum habet. L. 8 D. commod. Rei commodatae et possessionem et proprietatem retinemus. L. 9 D. de rei vind. — Denique ab eo, apud quem deposita est, vel commodata, vel qui conduxerit, aut qui legatorum servandorum causa, vel dotis ventrisque nomine in possessione esset, vel cui damni infecti nomine non cavebatur, quia hi omnes non possident, vindicari non posse —.

*) Wir behaupten, daß der Besitz, insofern er einerseits dem Recht, und anderseits dem bloßen Factum der Detention gegenübersteht, ein selbständiger juristisch bestimmbarer und bestimmter Begriff ist, und sind also weit entfernt ihn darum für einen juristischen Begriff zu halten, weil er etwa ein Recht, oder Thatsache und Recht zugleich sey, oder weil er eine gesetzliche Voraussetzung von mancherlei Rechtsbegriffen (z. B. der Usucapion) ausmacht. Vielmehr halten wir es für einen wesentlichen Fehler der neueren Untersuchungen in der Besitzlehre, daß die Entwickelung der Begriffe von possessio, Detention, animus domini, s. g. abgeleitetem Besitz u. s. w. allgemein mit Beziehung auf die wirklichen oder angeblichen Wirkungen des Besitzes unternommen, und insbesondere auf den Begriff der s. g. possessorischen Interdicte gegründet wird. Gewiß ist es richtig, daß die Kenntniß der Besitzlehre vorzugsweise für die Kenntniß und practische Anwendung jener Interdicte und der Usucapion unentbehrlich ist. Aber die Begriffsentwicklung des Besitzes und seines Gegensatzes muß durchaus in selbständiger Weise, ganz unabhängig von dem practischen Interesse dieser Lehre, geschehen. Ueberall, wo die römischen Quellen andeuten, daß der Besitz ein juristischer Begriff sey, wollen sie

vorzugsweise „Besitz“ oder „*juristischen* Besitz“ nennen, grade so, wie die römischen Juristen ihn mit dem Ausdruck

---

dies von dem inneren Wesen dieses Begriffes selbst verstanden wissen, und enthalten keine Spnr von der jetzt gangbaren Vorstellung, welche das auf die s. g. Wirkungen des Besitzes bezieht: L. 10 C. de acquir. poss. (Ueber diese Stelle vgl. S. 284 Not.). Hier wird der animus als der Kern des Besitzes und als das eigentlich Juristische an ihm dargestellt. Grade so wird in L. 29 D. eod. (Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat, non ut animo, sed ut corpore desinat possidere, *quod est enim facti*, potest amittere —.) die körperliche Innehabung als bloßes Factum dem animus gegenübergestellt. Eben so sagt L. 49 § 1 D. eod. Wer einer fremden Gewalt unterworfen ist, kann eine res peculiaris zwar körperlich besitzen, aber sie nicht haben und beherrschen *wollen*. Das körperliche Verhältniß zur Sache, als das rein Factische, kann auch von ihm ausgehen, nicht aber der animus, als das Juristische. (Qui in aliena potestate sunt, rem peculiarem tenere possunt; habere, possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed et juris est). Vgl. L. 49 pr. eod. — Faßt man übrigens das practische Interesse der Besitzlehre ins Auge, so ist dieselbe, insbesondere die Einsicht in den Begriff des Besitzes, noch in mancher anderen Beziehung, als für die Interdicte und die Lehre vom Erwerb des Eigenthums durch Occupation, Tradition und Usucapion, von Wichtigkeit, z. B. kann der Besitz als solcher zum Gegenstand rechtlicher Geschäfte gemacht werden. So giebt es eine emtio possessionis, stipulatio possessionis, precarium possessionis, conductio possessionis (L. 28 D. de acquir. poss.), wodurch nicht etwa die *Sache* gekauft, gepachtet wird, sondern der Kauf u. s. w. mit Rücksicht auf den bloßen Besitz, welcher dem Verkäufer, Verpächter u. s. w. zusteht, abgeschlossen wird. Eben so giebt es ein tradere possessionem, verschieden von tradere rem (L. 38 § 1 eod.), ein condicere possessionem, verschieden von condicere fundum (L. 2 D. de condict. tritic.). — Man würde übrigens sehr irren, wenn man unsere Behauptung, daß der Besitz als ein eigener juristischer Begriff von dem bloßen Factum des natürlichen Besitzes wohl unterschieden werden müsse, durch die Stellen widerlegen zu können glaubte, wo es vom Erwerb des Besitzes heißt: „eam enim rem facti, non juris esse“ (L. 1 § 3 D. de acquir. poss.), oder „quod naturaliter adquiritur, sicuti est possessio“ (L. 53 D. de acqu. rer. dom.), oder in Beziehung auf den Verlust des Besitzes: „possessio autem plurimum facti habet“ (L. 19 D. ex quib. caus. maj.). Denn es ist wohl zu beachten, daß der *Erwerb* des Besitzes eben das Factum körperlicher Apprehension fordert, und daß in der letzten Stelle von einem Fall gehandelt wird, wo der Besitz durch die Unmöglichkeit körperlicher Apprehension, der Herstellung

„possidere" schlechthin, oder, was durchaus dasselbe ist, „civiliter possidere" bezeichneten, und unter „civiliter non possidere" immer nur die Negation dieses wahren Besitzes verstanden *).

---

jenes unmittelbaren Factum, verloren geht. Endlich geben auch die Stellen, welche von „jus possessionis" sprechen, nicht die mindeste Veranlassung, diesen Ausdruck bloß auf die rechtlichen Effecte, welche durch Besitz vermittelt werden können, zu beziehen, und eben so wenig ist es die Absicht dieser Stellen, den Besitz „ein Recht" zu nennen, sondern sie wollen dadurch nur (obwohl unbeholfen, wie so oft, wenn sie versuchen, in abstracter Form allgemeine Begriffe auszudrücken,) die juristische Natur des Besitzes, den Besitz als juristischen Begriff in dem oben angegebenen Sinn bezeichnen (L. 44 pr. D. de acquir. poss. L. 5 § 1 D. ad leg. Jul. de vi publ. L. 2 § 38 D. ne quid in loc. public. L. 5 C. de liber. caus.).

*) Nach der gegenwärtig herrschenden Ansicht soll die oben bezeichnete römische Terminologie von der Verschiedenheit der Wirkungen des Besitzes, und nicht von dem Wesen des Begriffes selbst hergenommen seyn. So versteht man unter civilis possessio den Besitz, welcher zur Usucapion führt, und unter naturalis possessio je nach dem Zusammenhang bald die Negation dieses s. g. Usucapionsbesitzes, bald die Negation des juristischen Besitzes überhaupt. Hiergegen wollen wir zunächst erinnern, daß, da der Besitz (wie man auch richtig allgemein annimmt) stets ein und derselbe bleibt, mag er als Grund der Usucapion oder irgend einer anderen Wirkung gefaßt werden, also nicht eine besondere Natur und Eigenschaft des Besitzes selbst, sondern das Hinzukommen besonderer davon ganz unabhängiger Eigenschaften (bona fides) des Besitzers und der Sache diese Wirkung hervorruft, gar nicht einzusehen ist, warum die römischen Juristen den Besitz wegen dieses möglichen durch ihn allein gar nicht hervorgerufenen Effects mit einem besonderen Namen sollten belegt haben. Abgesehen hiervon bemerken wir ferner, daß die römische Jurisprudenz mit der deutschen durchaus nicht die Neigung gemein hat, mit überflüssigen Kunstausdrücken und Eintheilungen sich zu befassen, und überflüssig würde es jedem Römer vorgekommen seyn, noch ein besonderes Wort für einen Begriff zu erfinden, welchen man durch den Ausdruck „bonae fidei possessio" hinreichend, und für die damalige juristische Welt vollkommen verständlich bezeichnen konnte. Endlich geben wir zu bedenken, daß der Ausdruck „naturalis possessio" zur Bezeichnung des Begriffes des juristischen Besitzes völlig unpassend gewesen wäre. Denn das Prädicat der „Natürlichkeit", soll das Wort dem Wesen der Sache entnommen und nicht ganz ohne Sinn und Verstand gewählt seyn, kann nur dem unmittelbaren kör-

Der Besitz ist subjectiver natürlich wirklicher Wille, d. h. der durch die That realisirte Wille, welcher nur für sich,

---

perlichen Verhältniß des Menschen zur Sache zukommen. Nur insofern der Besitz als nicht geistig vermittelt, als nicht in dem Willen gegründet angeschaut wird, kann er „natürlich" genannt werden. Den Besitz darum natürlich zu nennen, weil er nicht zur Usucapion führt, wird wohl wahrscheinlich Niemandem einfallen. Endlich wird es darauf ankommen, ob die Stellen, auf welche unsere Gegner sich hauptsächlich berufen, mit unserer Ansicht vereinbar sind. Diese sind:

1) L. 3 § 15 D. ad exhib. Sciendum est, adversus possessorem hac actione agendum, non solum eum, qui civiliter, sed et eum, qui naturaliter incumbat possessioni. Denique creditorem, qui pignori rem accepit, ad exhibendum teneri placet. (L. 4 eod. Nam et cum eo, apud quem deposita vel cui commodata vel locata res sit, agi potest). Wenn man lehren will, gegen wen die actio ad exhibendum gebraucht werden könne, so ist es nothwendig, darauf aufmerksam zu machen, daß der Beklagte nicht grade Besitzer in eigenem Namen zu seyn braucht, sondern daß es hier bloß auf die körperliche Innehabung der Sache, deren Exhibition verlangt wird, ankommt, und zwar aus dem einfachen Grunde, weil ein solcher Detentor grade die Eigenschaft, auf welche es dem Kläger ankommt, nämlich die facultas exhibendi, hat (vgl. L. 5 pr. in f. eod.). Aber darauf aufmerksam machen zu wollen, daß auch der Besitzer, welcher wegen anderer Eigenschaften im Stande ist, die Sache zu usucapiren, mit jener Klage belangt werden könne, konnte doch unmöglich der Zweck dieser Stelle seyn, weil diese besondere Fähigkeit des Besitzers hier ja ganz gleichgültig ist, und in dieser Usucapionsmöglichkeit weder ein Grund liegt, ihn hier bei der actio ad exhibendum als Beklagten zuzulassen, noch ihn zu verwerfen. Darum beabsichtigt das Ende der citirten Stelle in Verbindung mit der folgenden L. 4 l. l., welche im Zusammenhang damit gelesen werden muß, auch nur Beispiele von beiden Arten der Besitzer, welche hier lediglich in Betracht kommen können, anzugeben, und so wird der Faustpfandgläubiger als Beispiel für den qui civiliter possidet, und der Depositar, Commodatar, und Miether als Beispiel für den, qui naturaliter incumbit possessioni, angeführt. „Civilis possessio" ist hier also juristischer Besitz, und „naturalis possessio" körperliche Detention.

2) L. 7 § 1 D. eod. Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum. Et ita Pomponius scribit: quamvis tunc civiliter non possideas. Diese Stelle bestätigt einfach unsere Ansicht über den Sinn der vorigen. Der Besitzer eines Wagens besitzt das demselben angefügte fremde Rad nicht als eine für sich bestehende Sache. Aber obgleich er juristisch nicht Besitzer desselben ist (quamvis civiliter non possideas), so kann man ihm doch die bloße körper-

auf sich selbst bezogen ist, und weder Recht noch Unrecht genannt werden darf, sondern als wirkliches Nichtrecht neben

---

liche Innehabung, den natürlichen Besitz nicht absprechen, und dies genügt auch, um ihn mit der actio ad exhibendum zu belangen, weil er eben dadurch facultas exhibendi hat.

3) L. 24 D. de acquir. poss. — nam tum per servum dominus quoque possidere dicitur: summa scilicet cum ratione, quia quod ex justa causa corporaliter a servo tenetur, id in peculio servi est, et peculium, quod servus civiliter quidem possidere non posset: sed naturaliter tenet, dominus creditur possidere. L. 38 § 7. 8. D. de verb. oblig. — sed quamvis civili jure servus non possidet, tamen ad possessionem naturalem hoc referendum est — licet enim possidere civiliter non possint, tenere tamen eos nemo dubitat. Auch diese beiden Stellen beweisen so deutlich wie möglich, daß die civilis possessio grade den auf dem Willen beruhenden juristischen Besitz, und naturalis possessio dessen Gegensatz, das bloße Factum des körperlichen Innehabens bezeichnet. Jenes Willens ist der Sclave nicht fähig, er kann nie Herr einer Sache seyn; das bloße tenere, dieses rein natürliche Factum kann auch von ihm ausgehen.

4) L. 26 pr. D. de donat. i. vir. et ux. Si eum, qui mihi vendiderit, jusserim eam rem uxori meae donationis causa dare, et is possessionem jussu meo tradiderit, liberatus erit, quia licet illa jure civili possidere non intelligatur, certe tamen venditor nihil habet, quod tradat. Für die hier obschwebende Frage, ob der Verkäufer, welcher nach dem Willen des Käufers die verkaufte Sache der Frau desselben eingehändigt hat, als liberirt anzusehen sey, ist offenbar der Umstand ganz gleichgültig, ob die Frau diese Sache usucapiren kann, oder nicht, folglich kann der Satz „licet etc." nicht eine Läugnung des s. g. Usucapionsbesitzes enthalten sollen. Aber das konnte allerdings in Frage gestellt werden, ob der Verkäufer im juristischen Sinne tradirt, also seine Verbindlichkeit erfüllt habe, wenn die Frau nicht einmal juristische Besitzerin der ihr vom Mann geschenkten und durch den Verkäufer eingehändigten Sache würde. Paulus jedoch entscheidet, daß es darauf hier gar nicht ankomme. Denn, wenn man auch annähme, daß sie nicht juristische Besitzerin werde (licet illa etc.), so sey der Verkäufer doch liberirt, weil er nichts mehr zu tradiren habe. Derselbe Paulus berichtet übrigens in der L. 1 § 4 D. de acquir. poss., daß über jene Frage, ob die Frau wirkliche Besitzerinn werde, verschiedene Ansichten obgewaltet haben, aber die gemeine Meinung sich dafür entschieden habe, aus dem Grunde „quoniam res facti infirmari jure civili non potest", d. h. weil das Factum des Besitzerwerbs unabhängig von der bekannten Rechtsregel

jenen beiden Begriffen einen selbständigen dritten Begriff ausmacht. Ob der Besitz durch Recht oder Unrecht entstanden,

---

sey, daß die Frau durch eine Schenkung ihres Ehemannes kein Recht an der geschenkten Sache erwerben kann.

5) L. 1 § 9. 10. D. de vi. Dejicitur is, qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat: nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. Denique et si maritus uxori donavit, eaque dejecta sit, poterit interdicto uti: non tamen, si colonus. Die erste Stelle entscheidet, daß das interdictum de vi auch durch Dejection des bloß natürlichen Besitzers begründet wird, und handelt gar nicht von der Frage, wem das begründete Interdict zustehe, ob ihm selbst, oder dem, in dessen Namen er besitzt. Sie sagt: dejicirt kann jeder Besitzer werden, mag er juristisch besitzen, oder nur den natürlichen Besitz (nomine alieno) haben, denn auch diese bloße Detention reicht zur Begründung des Interdicts hin (auch hier ist die Voraussetzung desselben, die Dejection, möglich). Ganz falsch ist es, die letzten Worte der Stelle auf das Subject des Interdicts zu beziehen, als ob je der bloße Detentor selbst diese Klage gebrauchen könnte. Hiervon ist das Gegentheil hinreichend ausgemacht, wie in der Lehre von den Interdicten bewiesen werden wird. Aber eben so gewiß ist es, daß der Besitzer durch Dejection dessen, welcher für ihn detinirt, selbst als dejicirt gilt, und daher das Interdict erwirbt (L. 1 § 22 D. eod. Quod servus vel procurator vel colonus tenent, dominus videtur possidere, et ideo his dejectis, ipse dejici de possessione videtur, etiam si ignoret eos dejectos, per quos possidebat. Et si quis igitur alius, per quem possidebam, dejectus fuerit, mihi competere interdictum, nemini dubium est.). Die zweite Stelle handelt in einigen Beispielen von dem Subject des Interdicts, und spricht klar aus, daß der bloße Detentor (colonus), wenn er auch dejicirt worden sey, das Interdict nicht habe. „Denique" bedeutet so viel als „sane, certe"; „poterit" ist auf uxor zu beziehen, und hinter colonus ist zu suppliren: „dejectus sit, poterit (colonus) interdicto uti".

6) L. 2 § 1 D. pro herede. Quod vulgo respondetur, causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intelligatur. Et propterea responsum est, neque colonum, neque eum, apud quem res deposita, aut cui commodata est, lucrifaciendi causa pro herede usucapere posse. Niemand darf durch eigenmächtigen Entschluß den juristischen Grund, aus welchem er eine Sache besitzt, verändern, sondern das kann nur durch eine besondere Handlung oder Ereigniß z. B. den Abschluß eines neuen Geschäfts geschehen (vgl. die Beispiele in L. 33 § 1 D. de usurpat. L. 19 § 1 D. de acquir. poss. L. 2 § 21 L. 3 D. pro empt.). In der obigen Stelle wird davon nur eine An-

ob sein Bestehen mit Recht oder Unrecht verbunden ist, ist für diesen Begriff völlig gleichgültig *). Der Besitzer kann an dem Object, woran er seinen Besitz ausübt, zugleich ein Recht haben, aber für die Natur seines Besitzes ist dieser Umstand irrelevant, und nur dann gelangt man zur Erkenntniß seines Wesens, wenn man von jenem Recht, welches zugleich mit ihm in der Person des Besitzers zusammentrifft, absieht. Der Besitz ist Ausübung von Rechtsstoff, Rechtsinhalt, d. h. dasjenige Haben, diejenige Thätigkeit, welche den Begriff des Besitzes ausmacht, kann Inhalt eines Rechts seyn; aber nur der Inhalt, das Handeln ist ein Recht, welches um seiner selbst willen dinglich oder persönlich geschützt ist. Darum gerathen diejenigen Juristen, welche den Besitz ein Nichtrecht nennen, und dennoch meinen, daß er um seiner selbst willen juristisch geschützt werde, in völligen Widerspruch mit sich selbst.

---

wendung auf den s. g. titulus pro herede gemacht, mit welchem die Regel durchaus nicht ausschließlich im Zusammenhang steht, und noch weniger darf man sie durch Beziehung auf das alte im neueren römischen Recht unpractische Institut der usucapio pro herede erklären wollen. Die Beispiele der obigen Stelle zeigen deutlich genug, daß unter naturalis possessio hier die bloße Detention nomine alieno verstanden wird, und im Gegensatz derselben soll die civilis possessio hier, wie überall, nichts anderes als den juristischen Besitz bezeichnen. Dieser Besitz (für welchen, wie der Jurist sagt, jene Regel nicht ausschließlich gelten soll) kann dem Besitzer nebenbei schon dienlich gewesen seyn, eine Usucapion zu beginnen, aber dieser Umstand kommt für die Anwendung dieser Regel nicht im geringsten in Betracht. Dem Juristen lag es nur daran, bemerklich zu machen, daß der Detentor so gut, als der wirkliche Besitzer von der Regel betroffen werde. (Die nähere Erläuterung dieser Regel folgt in der Lehre von der Usucapion.). —

Was nun endlich den Ausdruck „possessio schechthin" betrifft, so ist völlig ausgemacht, daß er im Gegensatz des in possessione esse, tenere u. s. w. immer den juristischen Besitz bezeichnet (L. 10 § 1. L. 49 § 1 D. de acquir. poss. L. 18 § 1 D. de acceptil. L. 9 D. de rei vind.).

*) L. 3 § 5 D. de acquir. — quia in summa possessionis non multum interest, juste quis, an injuste possideat —. L. 12 § 1 eod. Nihil commune habet proprietas cum possessione —. L. 52 pr. eod. Permisceri causas possessionis et ususfructus non oportet, quemadmodum nec possessio et proprietas misceri debent —.

Könnte und müßte man dies vom Besitz behaupten, so wäre er ein Recht, dann aber auch nur ein Recht, und nicht ein Unding von Recht und Thatsache zugleich. Nun aber ist es durchaus falsch, dies vom Besitz deswegen zu behaupten, weil es geschehen kann, daß der wirkliche oder gewesene Besitzer berechtigt werden kann, gewisse Klagen zu gebrauchen, welche man possessorische Interdicte zu nennen pflegt. Der Besitzer kann ein durch Klagen geltend zu machendes Fordrungsrecht erwerben, aber dazu gehört ein vermittelndes Factum, ein besonderer Erwerbungsgrund, und dieser ist ein Delict. Es giebt im heutigen, wie im römischen Recht einen Fundamentalsatz, d. h. einen juristisch aus einer höheren Regel nicht abzuleitenden Satz, nach welchem „Gewalt*)“ ein Delict sein soll. Der Jurist frägt nicht, warum im heutigen Staat Gewalt ein Unrecht ist, mit anderen Worten, warum die Gesetzgebung sie als ein Delict behandelt wissen will (das gehört in das Gebiet der Theorie der Gesetzgebung). Er forscht nicht, welche eigenthümliche Stufe der Rechtsentwicklung im römischen Staat in der Gestattung der auf jenes Delict gegründeten Interdicte durch das Prätorische Edict sich kund giebt (das gehört in das Gebiet der römischen Rechtsgeschichte). Er frägt nur nach dem juristischen Inhalt, nach den gesetzlichen Voraussetzungen (juris rationes) dieses Delicts. Gewalt ist offener eigenmächtiger Widerstreit eines Subjects gegen den wirklichen Willen eines Anderen. Ueberall also, wo juristisch ein wirklicher Wille vorliegt, kann dieses Delict entstehen, und es entsteht wirklich, wenn der offenbare Widerspruch wider denselben erfolgt ist. Zu den mancherlei Fällen, welche unter die Sphäre dieses Delicts fallen, gehört darum auch der Besitz, als subjectiver wirklicher Wille. Nicht dieser Wille selbst wird hierdurch juristisch respectirt und rechtlich geschützt, sondern nur die eigenmächtige Behandlung dieses Willens, das willkührliche Handeln wider das besitzende Subject

*) Wir sprechen hier nur von diesem Delict, obgleich noch andere Delictsfälle hierher gehören. Ueberhaupt wird hier von dieser Materie nur vorläufig und obenhin gehandelt, um die Auffassung des reinen Begriffs des Besitzes zu erleichtern; die gründliche Erörterung derselben gehört in die Interdictenlehre des Obligationenrechts.

wird dadurch untersagt und geahndet. Das Delict der Gewalt ist der juristische Grund jener Interdicte, welche eben dazu bestimmt sind, die Folgen des Delicts für den Besitzer aufzuheben. Der Besitz kann ferner auch nicht deswegen ein Recht genannt werden, weil er in mancher Beziehung eine der wesentlichen Voraussetzungen (rationes) bildet, woran die Gesetze besondere Rechtsbestimmungen knüpfen. So macht für den Eigenthumserwerb vermittelst Occupation, Tradition, oder Usucapion der Besitz ein wesentliches Moment aus, aber begreiflich giebt ihm das nicht den Character eines Rechts (so wenig ihm, als den übrigen thatsächlichen Voraussetzungen jener Rechtswirkungen, welche mit ihm hierfür von gleicher juristischer Bedeutsamkeit sind z. B. die besondere Eigenschaft der Sache, welche sie zur Occupation oder Usucapion befähigt, die bona fides u. s. w.). Der Besitz endlich ist zwar Ausübung eines Rechtsinhalts, aber nicht Ausübung eines Rechts. Der Besitzer übt das, was den Stoff, das Object eines Rechts ausmachen kann, für sich aus (bezieht dieses Haben u. s. w. ausschließlich auf sich), aber die Natur des Besitzes fordert weder, daß er es als ein Recht haben will, noch auch, daß er es als ein Recht zu haben glaubt. Das Eine wie das Andere kann zwar zugleich mit dem Besitz verbunden seyn, aber es gehört nicht zu seinem Wesen. Nicht minder ist es für den Begriff desselben gleichgültig, ob der Besitzer das Recht oder bessere Recht eines Anderen an der von ihm besessenen Sache anerkennt, oder nicht. Eine solche Anerkennung, wo sie sich findet, geht hervor aus dem besonderen Rechtsverhältniß, in welchem er sich zu dem von ihm als berechtigt anerkannten Subject befindet, nicht aber aus dem Wesen seines Besitzes, für welchen es eben auf jenes Rechtsverhältniß gar nicht ankommt (vgl. S. 350). Hieraus ist zu ersehen, daß, wenn man den Willen, welcher den Character des Besitzes ausmacht, **animus domini** nennt, dies nicht so verstanden werden darf, als wenn darin überhaupt eine Beziehung auf eigenes Recht und die Nichtanerkennung eines fremden Rechts liegen solle. Man muß bei dem Ausdruck „dominus" in dieser Verbindung von der gewöhnlichen technischen Bedeutung desselben absehen. Der wirkliche Besitzer ist factisch Herr des Objects, will so Herr seyn,

und die Sache für sich haben: dies ist animus domini. Darum kommt ein solcher animus jedem Besitzer zu, und nicht etwa bloß demjenigen, welcher zugleich rechtlich Eigenthümer der Sache ist, oder sich das Eigenthum widerrechtlich anmaaßt z. B. dem Dieb. Es giebt Besitzer, welche dennoch das Recht eines Anderen an dem Object ihres Besitzes anerkennen, und dies ist keine Anomalie, weil in jedem möglichen Fall eines wirklichen Besitzes die Beziehung auf das Recht ganz unwesentlich ist. Hieraus ist nun das Wesen der Fälle zu erkennen, welche man in neuerer Zeit unter dem Namen des abgeleiteten Besitzes zu befassen pflegt. Man ist hierbei von dem angegebenen falschen Begriff des animus domini ausgegangen, und gelangte dann begreiflich zu dem Schluß, daß in allen den Fällen, wo Jemand unläugbar einen Besitz hat, und doch in einem solchen Verhältniß zur Sache steht, daß er das Recht oder bessere Recht eines Anderen anerkennt, dieser Besitz nur vermöge gesetzlicher Fiction und jure singulari bestehe. Diesen Besitz läßt man dann entweder ganz unerklärt, oder ist bemüht, sich durch Annahme eines anderweitigen animus zu helfen, welcher ein eigenthümliches Mittelding seyn soll zwischen dem animus domini und dem animus des alieno nomine possidens, genannt der bloße animus possidendi, welcher erklärt wird als der Wille, den einem Anderen, welcher den animus domini hat, eigentlich und ursprünglich zukommenden Besitz zu haben *). Die Fälle wo man einen solchen abnormen Besitz, welcher aber nach unserer Ansicht ein ganz regelmäßiger ist, behauptet, sind folgende:

1) Der Besitz durch ein Precarium. Unter den Fällen, wo der Besitz mit dem Willen des bisherigen Besitzers, also durch Uebertragung, entsteht, kann man zwei Hauptclassen unterscheiden, nämlich solche Fälle, wo die Besitzübertragung zu-

*) Wollte man mit diesem neu geschaffenen Begriff nur den Sinn verbinden, daß hier der Besitzerwerb auf eigenthümliche Weise vermittelt wird, so würde dagegen nur zu erinnern seyn, daß der Begriff dann überflüssig wäre. Denn die Veranlassung der Besitzübertragung ist für den Besitz gleichgültig. Aber das ist auch nicht bloß gemeint. Es soll dies eine anomalische Art des Besitzes seyn, und dies ist das positiv Falsche dieser Ansicht.

gleich mit der Einräumung eines dinglichen Rechts an der Sache verbunden wird (z. B. der Kauf, wo die Sache tradirt, und zugleich die Verbindlichkeit übernommen wird, dem Käufer einen dinglichen Schutz gegen jeden gerichtlichen Angriff zu gewähren), und dann solche, wo lediglich die Besitzübertragung beabsichtigt, also weder ein dingliches Recht an der Sache für den Empfänger begründet, noch auch ein persönliches Recht gegen den Tradenten eingeräumt wird. Hierher gehört das precarium, welches darin besteht, daß auf den Wunsch des Precisten ihm der, zu jeder Zeit willkührlich revocable, Besitz eingeräumt wird *). Der factische Zweck dieser Einräumung ist gleichgültig; das Juristische ist nur, daß der Empfänger gegen den Geber gar nicht, sonst aber durchaus factisch Herr des Objects wird. Da hierbei von einem Rechtserwerb gar nicht die Rede ist, so versteht es sich von selbst, daß der Precist das Recht des Gebers an dem Object anerkennt, aber für seinen Besitz ist das ganz irrelevant. Denn er will die Sache factisch für sich haben und beherrschen, und Andere davon ausschließen, und er will das nicht bloß, sondern hat nach der Voraussetzung auch das Können, weil ihm dasselbe mit Uebergabe des Objects absichtlich eingeräumt worden ist. Hat er nun aber zugleich das Wollen und Können, so ist er Besitzer, ganz so, wie jeder andere Besitzer. Aber die Quelle dieses Besitzes ist durchaus und fortwährend der Wille des Gebers, folglich liegt es in der Natur der Sache, daß auch eine Beschränkung des gewöhnlichen Erfolges eines Precarium von ihm ausgehen kann, welche dann darin besteht, daß dem Precisten nur die Detention, die Ausübung des Besitzes für den Concedenten, überlassen wird, und zwar auch hier willkührlich wiederruflich (im Gegensatz z. B. des Commodats). Wo aber diese Beschränkung nicht ausdrücklich gemacht worden ist, da ist der wirkliche Besitzer-

---

*) L. 1 pr. § 2 D. de precar. Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur, quamdiu is, qui concessit, patitur. — Et distat a donatione eo, quod, qui donat, sic dat, ne recipiat, at qui precario concedit, sic dat, quasi tunc recepturus, cum sibi libuerit, precarium solvere.

werb immer der natürliche Sinn und Erfolg des Precarium*).

2) Der Besitz des Sequester. Das Depositum bezweckt regelmäßig nur Aufbewahrung der Sache zum Besten des Deponenten: darum hat der Depositar nur die körperliche Detention der Sache, um seiner übernommenen Verbindlichkeit nachkommen zu können. Wenn aber bei obschwebendem Rechtsstreit über eine Sache die Hingabe derselben an einen Dritten (Sequester) zur Aufbewahrung ausdrücklich zu dem Zweck geschieht,

*) Uebrigens versteht es sich, daß die Interpretation einer Hingabe zum Precarium zunächst sich nach dem Inhalt der Bitte des precario rogans richtet, weil man hieraus schließen kann, in welchem Sinn die Gewährung gemeint ist. Bittet er, ut sibi in fundo morari liceat, ut in possessione esse liceat, so gewährt die erfolgte Hingabe im Zweifel nur das, was erbeten ist, also die bloße Detention (L. 6 § 2 D. de precar. Is, qui rogavit, ut precario in fundo moretur, non possidet, sed possessio apud eum, qui concessit, remanet —. L. 21 eod. L. 10 § 1 D. de acquir. poss.). Bittet er aber, ut sibi possidere liceat, so ist auch die erfolgte Gewährung, welche in der Ueberlassung der Sache sich ausspricht, im vollen Sinn der Bitte zu interpretiren, und nur da davon abzuweichen, wo der Geber sich ausdrücklich in einem beschränkteren Sinn geäußert hat (L. 15 § 4 D. de precar. Eum, qui precario rogaverit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem, non est dubium —.). Wenn endlich die specielle Meinung der Partheien nicht ersichtlich ist, so muß die im Text angegebene Regel eintreten, welche der Natur des Verhältnisses entspricht (L. 4 § 1 D. eod. Meminisse autem nos oportet, eum, qui precario habet, etiam possidere. Das precario habere kann dem practischen Umfang nach sehr verschieden seyn, und hier hängt alles von der näheren Bestimmung des Concedenten ab. [L. 15 pr. eod. Et habet summam aequitatem, ut eatenus quisque nostro utatur, quatenus ei tribuere velimus.]. Aber zur regelmäßigen Natur des Precarium gehört außerdem noch, daß der precario habens auch besitzt. — L. 4 § 4. L. 6 § 3 eod. L. 10 pr. L. 19 pr. D. de acquir. poss.). Da nämlich selbst dann, wenn der Besitz auf den Precisten übergeht, sowohl die Entstehung als das Bestehen des Verhältnisses durchaus von dem Willen des Concedenten abhängt, so liegt in der Natur der Sache kein Grund, bei ihm den Willen einer Beschränkung auf die bloße körperliche Innehabung vorauszusetzen; dagegen liegt es allerdings im Interesse des Precisten, selbst die Mittel in Händen zu haben, um gegen Gewalt u. s. w., welche an der Sache verübt werden kann, geschützt zu seyn.

um den beiden Streitenden selbst bis zur Entscheidung der Sache den Besitz der Sache zu entziehen, so versteht es sich, daß Jener den Besitz erwirbt. Der Sequester will zwar kein Recht an der Sache haben, aber ein solcher Wille ist auch weder hier, noch in irgend einem anderen Fall zum Begriff des Besitzes erforderlich. Der Zweck dieser besonderen Art von Sequestration ist grade, ihn in den Stand zu setzen, die Sache für sich d. h. mit Ausschluß der streitenden Partheien, und um so mehr jedes Anderen, zu halten und zu haben. Einen solchen animus domini hat hier auch der Sequester, mithin Alles, was zum Wesen des Besitzes gehört *).

---

*) L. 39 D. de acquir. poss. Interesse puto, qua mente apud sequestrum deponitur res. nam si omittendae possessionis causa, et hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio ejus partibus non procederet. at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat. L. 17 § 1 D. depos. Rei depositae proprietas apud deponentem manet, sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est (scil. possessio). nam tum demum sequester possidet: id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat. —

Es muß hier die Frage zur Erörterung kommen: ob es außer dem Precarium und der Sequestration noch andere Fälle einer Besitzübertragung giebt, wo der Empfänger den Besitz erwirbt, ohne zugleich ein dingliches Recht an der nämlichen Sache zu erlangen? Die Frage ist nicht:

a) ob der Besitz auch anderweitig durch bloßen Vertrag übertragen werden kann? Denn weder in jenen beiden Fällen, noch irgendwo sonst reicht ein bloßer Vertrag zum Besitzerwerb hin. Der Vertrag kann immer nur die Vorbereitung zum Erwerb des Besitzes seyn, insofern darin der Entschluß des bisherigen Besitzers sich kundgeben kann, seinen animus domini zum Besten eines Anderen aufgeben zu wollen.

b) Auch das ist nicht mit jener Frage gemeint, ob es außer dem Precarium noch Fälle geben kann, wo die bloße Besitzübertragung von selbst aus der Natur des Verhältnisses folgt, sondern wir untersuchen, ob der ausdrückliche besondere Wille des Tradenten und des Empfängers dies hier zu bewirken vermag. Da nun vorausgesetzt ist, daß der Empfänger nicht zugleich ein dingliches Recht an der Sache erwirbt, und ferner, daß die Dauer des Besitzes desselben nicht von der Willkühr des Gebers abhängen soll (denn das wäre eben immer ein Precarium), so reducirt sich die Untersuchung auf solche Fälle, wo aus einem besonderen Rechtsgrunde der Inhaber einer Sache in einem solchen Verhältnisse zum rechtlichen Herrn dersel-

3) Der Besitz des Faustpfandgläubigers. Das Faustpfand (pignus) ist die Hingabe einer Sache an den Gläubiger, um ihm durch das ausschließliche Haben und Zurückhalten derselben für seine Fordrung eine solche Sicherheit zu gewähren, welche ihm das bloße hypothekarische Pfandrecht nicht verschafft. Der Zweck dieses Instituts bringt es von selbst mit sich, daß der Gläubiger immer mit Ausschluß des Schuldners, also für sich factischer Herr der Sache wird. Nicht als wenn ihm dadurch ein Recht gegeben würde, in irgend einer Weise auf die Sache einzuwirken; nur die factische ausschließliche Möglichkeit der Einwirkung wird ihm verliehen, und das genügt

---

ben steht, daß er sie gegen dessen Willen zurückzuhalten vermag, z. B. der Commodatar, der Pächter. Kann man nun den Beweis führen, daß weder in der Natur dieser Rechtsverhältnisse, noch in der Natur des Besitzes selbst ein Grund liegt, grade hier die Besitzübertragung absolut auszuschließen, so scheint der Bejahung der aufgeworfenen Frage nichts im Wege zu stehen. Was den ersteren Punct betrifft, so ist freilich wahr, daß der Commodatar und Pächter nach der Natur ihres Rechts nur die Detention der Sache haben, weil ihnen diese vollkommen genügt, um ihr Recht practisch zu realisiren. Aber das ist noch kein Grund, um die Möglichkeit eines wirklichen Besitzerwerbs ihnen abzuläugnen, wie man ja klar an der Sequestration sieht, wo Besitz erworben werden kann, obgleich die Natur des Depositum regelmäßig denselben nicht erfordert. Was ferner den zweiten Punct betrifft, so kann ohne Zweifel jeder Besitzer seinen Besitz mit Beziehung auf ein bestimmtes Subject aufgeben, und dieser Andere ihn dann erwerben, wenn die gewöhnlichen Bedingungen des Besitzerwerbs sich in ihm vereinigen. Die Widerlegung des Einwandes endlich, daß die Bestimmungen über den s. g. abgeleiteten Besitz singulärer Natur seyen, mithin auf andere nicht namentlich gestattete Fälle nicht ausgedehnt werden dürften, bezwecken alle im Text gegebenen Erörterungen, welche darthun sollen, daß alle diese Besitzfälle vielmehr ganz und gar in der Natur der Sache gegründet sind. Wenn nun also der Möglichkeit des Besitzübergangs auf den Commodatar u. s. w. juristisch nichts im Wege steht, so würde es noch darauf ankommen, ob besondere practische Zwecke ausgemittelt werden können, welche es wesentlich nöthig machen, daß dem Commodans u. s. w. der Besitz entzogen, und Jenem eingeräumt werde. Daß nun regelmäßig ein solches practisches Bedürfniß in den genannten Fällen nicht vorliegen wird, kann man zugeben, ohne daß darum die practische Möglichkeit des Gegentheils in besonderen Fällen abgeläugnet werden darf.

ihm zu seiner Sicherung, weil der Schuldner dadurch außer Stande gesetzt ist, ihm die Sache ohne Delict zu entziehen, und einem Anderen zu überlassen. Sein hypothekarisches Pfandrecht würde ihm freilich auch dann noch die Möglichkeit einer dinglichen Verfolgung der Sache gegen den Dritten gestatten, aber die Sicherheit, welche ihm dieses Recht gewährt, hat er, weil der practische Erfolg jener dinglichen Klage ungewiß bleibt, durch das Faustpfand unmittelbarer und gegenwärtiger. Aus der Natur des pignus folgt also von selbst, daß der Gläubiger den juristischen Besitz der Pfandsache erwirbt, obgleich er das Recht des Schuldners an dieser Sache anerkennt. Aber, wie überhaupt, ist diese Anerkennung für den Begriff des Besitzes gleichgültig *).

4) Der Besitz des Emphyteuta und Superficiars. Die heutzutage gangbarste Ansicht hierüber ist folgende. Man giebt zu, daß der Emphyteuta eine wirkliche corporis possessio, d. h. an dem emphyteutischen Grundstück selbst den Besitz hat, aber man giebt es nur zu, weil es so in den Quellen steht, und hält es für eine dem Begriff des Besitzes zuwiderlaufende Singularität. Auch hier nämlich geht man von jenem falschen Begriff des das Wesen des juristischen Besitzes ausmachenden animus, welchen man animus domini nennt, aus, und kommt dann natürlich zu dem Resultat, daß der Emphyteuta einen solchen animus nicht hat, weil er das Recht des dominus an derselben Sache anerkennt. Juristisch consequenter wäre es,

---

*) L. 35 § 1 D. de pigneratit. act. Pignus, manente proprietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem: potest tamen et precario et pro conducto debitor re sua uti. L. 37 eod. Si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem, quia, antequam conduceret debitor, non fuerit ejus possessio, cum et animus mihi retinendi sit, et conducenti non sit animus possessionem apiscendi. L. 16 D. de usurpat. — Der Grund, warum das pignus des in possessionem missus keinen juristischen Besitz giebt (L. 26 pr. D. de pigner. act. L. 3 § 23 L. 10 § 1 D. de acquir. poss.), liegt darin, weil hier die Einräumung der Detention ohne Willen des Besitzers geschieht, welcher eben deshalb nicht aufhört, den animus domini zu haben, und durch den körperlichen Besitz des jussu magistratus in possessionem missus den juristischen Besitz sich zu erhalten.

meint man, gewesen, wenn die römischen Juristen den Besitz des Emphyteuta als einen Quasibesitz (d. h. als Ausübung des emphyteutischen Rechts, verbunden mit dem animus, dasselbe als ein ihm zustehendes auszuüben) behandelt hätten, wie das doch bei dem Besitz des Superficiars und dem Servitutenbesitz wirklich geschehen sey.

Unsere Ansicht ist nun, daß der Besitz des Emphyteuta ein durchaus regelmäßiger ist, ferner, daß auch der Superficiar eine corporis possessio hat, und endlich, daß der Grund, warum der s. g. Servitutenbesitz nur ein Quasibesitz ist, nicht richtig erkannt wird *).

Das Princip des alten (nationalen) römischen Rechts war Ausschließlichkeit der rechtlichen Herrschaft über eine Sache, so daß mehreren Subjecten auch nicht aus verschiedenen Gründen und in verschiedenen Beziehungen über die nämliche Sache eine juristische Gewalt zustehen konnte. Aber schon von Anfang an zwang das practische Bedürfniß diesem herrschenden Dogma eine (wenn auch nicht directe, so doch im practischen Erfolg hervortretende, indirecte) Inconsequenz ab. Dies geschah in der ältesten Zeit durch die Gestattung der ländlichen, später auch der städtischen, und noch tiefer eingreifend durch die Zulassung der persönlichen Servituten. Der gemeinsame Character dieser Fälle ist aber, daß hier nicht die Sache selbst (ipsum corpus, ipsa res s. substantia rei), welche schon der ausschließlichen Gewalt des Einen unterworfen ist, zugleich dem Recht eines Anderen untergeben wird, sondern daß nur das Dienen (servire, servitus) der Sache selbst, der Substanz, den Inhalt des fremden Rechts (des jus in re aliena) ausmacht. Dieses Dienen kann nun seiner besonderen Beschaffenheit nach sehr mannichfaltig seyn, und daraus ergiebt sich die specifische Verschiedenheit der einzelnen Servituten unter einander (z. B. eine beschränkte und mehr oberflächliche Passi-

---

*) Um dieses alles zu beweisen, bedarf es einer tief eingehenden Erörterung dieser Rechte selbst, was aber in gehöriger Weise erst im Sachenrecht geschehen kann, daher hier nur eine kurze übersichtliche Darstellung folgt.

vität der res macht das Leiden des ire, agere, aquam ducere aus, tiefer eingreifend ist schon das uti frui). Aber das ist wesentlich festzuhalten, daß jedes dieser Rechte immer nur salvo corpore, salva substantia constituirt wird und besteht. — Das neuere Recht nun kennt jenen alten Grundsatz selbst nicht mehr. Die Natur des neueren römischen (eigentlich unrömischen antinationalen) Eigenthums ist nämlich grade umgekehrt, daß die rechtlich begründete Herrschaft über eine Sache die rechtliche Gewalt eines Anderen über die nämliche Sache neben sich duldet, und nicht nur, wenn auch practisch noch so sehr verkürzt, juristisch dennoch fortbesteht, sondern auch als Quelle, als Grund, aus welchem jene beschränkenden Rechte hervorgegangen sind, und in welches ihr Inhalt nach dem Aufhören der Rechte selbst zurückfließt, sich practisch geltend machen kann. Diese dem ächt römischen Princip widerstreitenden, darum auch im römischen Staat erst spät zur Entwicklung gelangenden Rechtsinstitute sind die Superficies *), und Emphyteusis. Der gemeinsame Character dieser beiden Rechte, welche unter einander wieder durch ihren Inhalt sich unterscheiden, besteht demnach darin, daß hier die res ipsa, woran Jemand schon das Eigenthum hat, dem Recht eines Anderen, und zwar ohne Untergang jenes Eigenthums selbst, unterworfen wird. Aus der Natur dieser Rechte ergiebt sich nun für die Besitzlehre von selbst folgendes Resultat. Wer seine Sache einem Anderen zum Behuf der Constituirung eines emphyteutischen Rechts oder einer Superficies einhändigt, der giebt ihm zugleich die ausschließliche factische Herrschaft der Sache selbst, und auch der Empfänger will dieses corpus für sich haben und beherrschen. Darum hat er eine corporis possessio, obgleich er das Recht des dominus vermöge der Natur seines Rechtsverhältnisses zu ihm fortwährend anerkennt, worauf es aber für den Begriff seines Besitzes, wie in allen obigen Fällen, nicht ankommt. Es ist nur die vorgefaßte An-

*) Auch das hypothekarische Pfandrecht gehört hierher, aber wir sehen hier davon ab, weil dem hypothekarischen Gläubiger als solchem der Besitz der Sache nicht eingeräumt wird, was uns hier aber allein interessirt.

sicht über den animus domini, welche die Einfachheit und Klarheit dieses Verhältnisses übersehen läßt *).

Wie das Recht der Servitut durch seinen Inhalt wesentlich verschieden ist von dem Recht des Emphyteuta und Superficiars, so muß auch der Besitz in beiden Fällen verschieden seyn, nicht zwar nach seinem juristischen Character, wohl aber in Betreff des Inhalts. Denn der Besitz ist nichts

---

*) L. 25 § 1 D. de usur. — cum fructuarii quidem (fructus) non fiant, antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut ejus, qui vectigalem fundum habet, fructus fiunt, simul atque solo separati sunt. L. 15 § 1 D. qui satisd. cog. — sed et qui vectigalem, id est emphyteuticum agrum possidet, possessor intelligitur. (Die letzteren Worte „possessor intelligitur" kommen hier nicht in Betracht, da der Begriff eines possessor in der Cautionenlehre ein ganz eigenthümlicher ist, wie z. B. L. 15 § 2 eod. zeigt, wornach der Faustpfandgläubiger, der doch possidet, hier nicht als possessor gelten soll. Aber die ersten Worte der citirten Stelle beweisen, daß der Emphyteuta agrum possidet). — Aus der Natur des superficiarischen Rechts folgt, daß der Superficiar superficiei i. e. aedificii possessio hat. Es giebt keine Stelle, welche ihm das bloße „quasi possidere" zugesteht, wohl aber solche Stellen, welche jene nach der Natur der Sache nothwendige Ansicht bestätigen: L. 1 § 1 D. de superfic. — et quia melius est, possidere potius —. L. 1 § 2 eod. — tuetur itaque Praetor eum, qui superficiem petit, veluti uti possidetis interdicto, neque exigit ab eo, quam causam possidendi habeat; unum tantum requirit, num forte vi, clam, precario adversario possideat. Das Wort „superficies" bezeichnet die Sache selbst, und so wie das petere eben sie betrifft, so versteht sich von selbst, daß auch das possidere nur sie selbst betreffen kann (L. 13 § 3 D. de pignor). In der L. 3 § 7 D. uti possid. wird zunächst nur das in Frage gestellt, wer von Zweien als possessor aedium anzusehen sey, nicht aber bezweifelt, daß der, für welchen dort entschieden wird, possessor aedium sey. Diese erste Hälfte der Stelle spricht vom Superficiar, wie die zweite Hälfte von „caeterum" an. Müßte man das Gegentheil annehmen, so wäre es gewiß ein seltsamer Gedankensprung, wenn der Jurist plötzlich auf die Behandlung eines Gegenstandes käme, der mit dem Inhalt des ersten Theils der Stelle in gar keinem Zusammenhang stünde. Nach unserer Ansicht aber ist der Uebergang auf die in der zweiten Hälfte behandelte Frage ein ganz natürlicher. Nachdem nämlich der Jurist zuförderst den Begriff des Besitzes eines Superficiars ermittelt hat, handelt er hier von den ihm und dem dominus soli zustehenden Interdicten.

anderes, als Ausübung eines Rechtsinhalts abgesehen von dem Recht. Da nun der Inhalt einer Servitut ein bestimmtes Dienen der Sache ist, welches in irgend einer Weise ausgeübt wird, so besteht der Besitz hier in dem thatsächlich realisirten Willen eines Subjects, irgend eine Dienstbarkeit einer Sache (z. B. das uti frui an derselben) für sich d. h. mit Ausschluß jedes Anderen zu haben. Die Sache ist nur das Object, woran dieser Besitz ausgeübt wird, und wenn z. B. der Fructuar, um sein Gebrauchen und Benutzen zu realisiren, die Sache selbst körperlich innehaben muß, so besitzt er sie selbst doch nicht, sondern detinirt sie nur nomine alieno. Auch hier aber, wie bei der corporis possessio, ist es für den Begriff des Besitzes gleichgültig, ob derselbe durch Recht oder Unrecht entstanden ist. Der Servitutberechtigte selbst kann diesen Besitz haben; er kann aber auch durch widerrechtliche Anmaßung von einem Anderen erworben werden. Die römischen Juristen nannten diesen Besitz „quasi possidere“, „quasi possessio“ im Gegensatz der corporis possessio, und wenn sie ebenfalls oft den Ausdruck „juris quasi possessio“ *) gebrauchen, so

---

*) L. 2 § 3 D. de precar. — qui possessionem corporis vel juris adeptus est —. L. 23 § 2 D. ex quib. caus. maj. — qui per captivitatem fundi possessionem vel ususfructus quasi possessionem amisit —. Die Kargheit der Sprache verhindert die römischen Juristen, das, was sie richtig meinen, so scharf auszudrücken, als wir das heutzutage vermögen. Daher kommt es, daß sie bisweilen sich so ausdrücken, als wenn das Recht selbst besessen würde, und der animus des Quasibesitzers darauf gerichtet wäre, den Servituteninhalt als ein Recht zu haben, da doch sein Wollen nur auf das Für-sich-haben des Inhalts gerichtet zu seyn braucht (L. 7 D. de itin. Si per fundum tuum nec vi, nec clam, nec precario commeavit aliquis, non tamen, tanquam id suo jure faceret, sed, si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque: nam ut hoc interdictum competat, jus fundi possedisse oportet.). Dagegen giebt es andere Stellen, in welchen die Juristen grade bemüht sind, zu zeigen, daß das merum jus nicht besessen werden könne: L. 4 § 27 D. de usurpat. Si viam habeam per tuum fundum, et tu me ab ea vi expuleris, per longum tempus non utendo amittam viam (das non uti ist eben die Nichtausübung des Inhalts der servitus viae). quia nec possideri intelligitur jus incorporale, nec de via quis, id est, mero jure detruditur (das Zurückbehalten des bloßen Rechts verhindert nicht den Verlust desselben

ist leicht zu begreifen, daß sie damit nur den Besitz des Servituteninhalts meinen, nicht den Besitz des Rechts selbst,

---

durch den non usus seines Inhalts, denn das ist kein fortgesetztes Besitzen, und die Gewalt bezog sich eben auf die Entsetzung aus dem Gebrauch jenes Inhalts, nicht war sie eine Aufhebung des Rechts). L. 32 § 1 D. de servit. praed. urb. (Diese Stelle ist so zu verstehen: Die Freiheit von der servitus altius non tollendi, also den Gegensatz des Inhalts dieser Servitut, kann man nur so besitzen und ersitzen, daß man das Haus selbst besitzt, welches man im Widerspruch mit der Servitut höher gebaut hat. Verliert man den Besitz des Hauses, und erwirbt ihn darauf wieder, so beginnt die usucapio libertatis erst von da an aufs neue. Denn man kann nicht den Gegensatz des Servitutenrechts (die libertas als ein selbständig Juristisches) so rein für sich besitzen ohne Ausübung seines factischen Inhalts, welche aber nur durch den Besitz des Hauses möglich ist (natura enim servitutum ea est, ut possideri non possint, sed intelligatur possessionem earum habere, qui aedes possidet). Vgl. L. 1 § 8 D. quod legator. —

Nach allen bisherigen Erörterungen können wir nun sagen: auch der Besitz des Emphyteuta und Superficiars ist die Ausübung des emphyteutischen und superficiarischen Rechtsstoffes, verbunden mit dem Willen, diesen Inhalt als den seinigen d. i. für sich zu haben, grade so, wie auch der Besitz eines Eigenthümers nichts anderes ist, als die Ausübung des Eigenthumsinhalts mit dem Willen, denselben für sich zu haben, und wir können dennoch behaupten, daß ein solcher Besitz kein Quasibesitz ist. Denn jeder Besitz ist Ausübung eines Rechtsinhalts, und der Quasibesitz unterscheidet sich nur dadurch von jenen Besitzesfällen, daß er seinem Umfang nach beschränkter ist, indem er nicht rem ipsam befaßt. — Im Text war immer nur von dem Besitz bei solchen Rechtsverhältnissen die Rede, welche den römischen Quellen bekannt sind. Nun aber hat eine entschiedene deutsche Praxis auch bei anderen den Römern unbekannten Privatrechten (so bei den Grundzinsen, Zehnten und Frohnden), ferner bei kirchlichen Rechten (z. B. den bischöfflichen Befugnissen), endlich sogar bei an sich politischen Gewalten, welche nur in bestimmten Beziehungen einen privatrechtlichen Character annehmen (z. B. dem Jurisdictionsrecht der Gutsbesitzer), den Begriff des Besitzes zur Anwendung gebracht, welcher hier aber gar nichts eigenthümliches hat. Worin materiell das Besitzen hier bestehe, kann natürlich nur aus dem besonderen Inhalt dieser Rechtsinstitute erkannt werden. Endlich hat man auch die Frage aufgeworfen, ob auch wohl bei Fordrungen und Obligationen ein Besitz möglich sey? Meint man damit bei Fordrungsverhältnissen, welche auf einen längeren Zeitraum berechnet sind, das Innehaben des vom Schuldner geleisteten practischen Inhalts der For-

oder den Besitz jenes Inhalts als eines Rechts (d. h. mit dem Willen, ihn als ein Recht für sich zu haben, was auch hier nicht zum Wesen des Besitzes gehört).

Nachdem nun der Begriff des Besitzes allseitig entwickelt worden ist, bleibt noch die Behandlung der Frage übrig, ob und inwiefern nach der Natur dieses Begriffes Mehrere zugleich an der nämlichen Sache einen Besitz haben können? Der Entscheidung dieser Frage muß vor allem die Bemerkung vorangeschickt werden, daß es sich hier nicht von dem natürlichen körperlichen Besitz handelt. Hier schließt der Besitz des Einen nothwendig den eines Anderen aus. Wo Einer steht oder sitzt, kann nicht auch ein Anderer stehen oder sitzen, und es ist physisch unmöglich, daß, was Einer in Händen hat, zugleich auch ein Anderer körperlich detinirt. Aber diese Unmöglichkeit entscheidet unsere Frage nicht, da wir von dem juristischen Besitz handeln, welcher, wenn er besteht, der unmittelbaren körperlichen Detention nicht bedarf. Juristischer Besitz ist wirkliche Herrschaft, und man ist nur Herr, wenn man einen bestimmten Inhalt ausschließlich hat. Dies drückt die Regel aus „plures eandem rem in solidum possidere non possunt" *). Aber diese Regel schließt die Möglichkeit einer Theilung des Besitzes nicht aus, wenn dieselbe nur nach bestimmten intellectuellen Theilen Statt findet. Hier hat von den mehreren Subjecten Jeder an dem ganzen körperlichen Object den Besitz zu einem bestimmten Theil. Nicht die Sache ist getheilt, sondern es besteht eine getheilte factische Herrschaft an derselben (Jeder ist Herr für seinen bestimmten Inhalt und Umfang), und das ist eben der Gegensatz der possessio plu-

---

drung, so ist das nichts anderes, als die thatsächliche Anerkennung einer Verbindlichkeit, und ganz überflüssig, hier noch von dem juristischen Begriff des Besitzes zu reden. Meint man aber, daß ein Fordrungsrecht selbst juristisch besessen werden könne, so ist das eine völlige Absurdität. Die Fordrung hat als solche zum Object und Inhalt den zu irgend einem Leisten verpflichteten Willen eines Subjects. Dieser Rechtsinhalt, der Wille, dessen Wesen Freiheit ist, kann nicht besessen werden.

*) L. 3 § 5 D. de acquir. poss. L. 5 § 15 D. commod. — et ait, duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse —.

rium in solidum, welche dem Begriff des Besitzes widerspricht. Dieses Verhältniß nennt man Mitbesitz (compossessio)*). Die weitere Frage ist nun, ob es, außer diesem quantitativ getheilten Besitz, auch noch nach anderen Gesichtspuncten eine Theilung des juristischen Besitzes geben kann, ob Mehrere nach verschiedenen Richtungen, zu verschiedenen Zwecken, aus verschiedenen Gründen an derselben Sache zugleich einen Besitz haben können? Die römischen Juristen waren hierüber verschiedener Ansicht, und wir stehen nicht an, denjenigen unter ihnen beizutreten, welche die Möglichkeit einer solchen Concurrenz der Besitzer behaupten**). Nach unserer Ansicht kann sie aber nur da vorkommen, wo der Besitzerwerb durch den Willen des bisherigen Besitzers, also durch Uebertragung vermittelt wird. Hier entsteht der Besitz nicht schon dadurch, daß man die Sache haben will und sie körperlich wirklich hat, sondern erst, insofern das Hinderniß seiner wirklichen Herrschaft gewichen ist, d. h. der Wille des bisherigen Besitzers dem Inhaber sich untergeordnet hat. Erst dieser Wille des früheren Herrn eröffnet ihm hier den Erwerb. Es versteht sich, daß der Detinent sich auch ohne und wider den Willen desselben

---

*) L. 26 D. de acquir. poss. Locus certus ex fundo et possideri et per longam possessionem capi potest, et certa pars pro indiviso, quae introducitur vel ex emptione vel ex donatione, vel qualibet alia ex causa —.

**) Der Grund, welchen Paulus in der L. 3 § 5 D. de acquir. poss. hiergegen anführt, ist gänzlich verfehlt, da er von dem unmittelbaren körperlichen Besitz hergenommen ist, um welchen, wie schon erinnert, es sich hier gar nicht handelt (— contra naturam coeppe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris — non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris). Will Paulus aber damit nur sagen, daß den nämlichen juristischen Besitz, welchen Einer hat, nicht auch ein Anderer haben kann, so ist das freilich ganz richtig, trifft aber unsere Behauptung nicht, da wir nur meinen, daß von Mehreren Jeder in verschiedenen Beziehungen einen Besitz (also nicht den nämlichen Besitz) an der nämlichen Sache haben kann. Diejenigen neueren Juristen, welche der gegnerischen Ansicht folgen, haben meistens bewußt oder unbewußt nur den körperlichen Besitz bei ihren Argumentationen im Sinne.

zum Herrn machen kann, aber das ist dann nicht Besitz durch Uebertragung, wovon wir hier handeln, sondern widerrechtlicher Besitz. Ist nun aber der Wille des Vorgängers hier die Quelle seines Besitzes, so ist auch Anfang, Umfang und Beziehung dieses Besitzes von ihm abhängig, und eine Beschränkung durch ihn möglich *). Tritt nun nach der Natur gewisser, unten näher zu bezeichnender, Verhältnisse eine solche Beschränkung der Besitzeinräumung ein, so hat der dadurch begründete Besitz für die ihm freigelassene Sphäre, für seinen Umfang dennoch vollkommen den Character eines wirklichen Besitzes, grade so, wie bei der compossessio der Besitz eine ausschließliche Herrschaft, ein Für-sich-haben-wollen und Für-sich-haben-können, innerhalb eines beschränkten Umfangs, also ein wirklicher Besitz ist. Die Fälle nun, wo nach der Natur der Sache eine Mehrheit von Besitzern vorkommt, sind folgende:

1) Das Precarium. Die Entstehung und das Bestehen des Besitzes eines Precisten gründet sich auf den Willen des precario rogatus. Er ist die fortwährende Quelle seiner factischen Herrschaft. Aber diese Abhängigkeit seines Besitzes hat nicht etwa bloß den Sinn, daß die Gränze und Dauer desselben durch jenen Willen bestimmt werde, übrigens aber bis dahin der Besitz absolut bestände, sondern daß der Precist einen solchen Willen, welcher das Wesen des Besitzes ausmacht, relativ, nämlich gegen den precario dans, gar nicht hat, folglich gegen ihn nicht Besitzer ist. Das Wesen

---

*) Darum z. B. kann es auch eine bedingte Besitzübertragung, so gut als einen bedingten Rechtserwerb geben (L. 38 § 1 D. de acquir. poss. — hoc amplius existimandum est, possessiones sub conditione tradi posse, sicut res sub conditione traduntur, neque aliter accipientis fiunt, quam conditio extiterit.). Erst in dem Augenblick, wo die bedingende Thatsache eintritt, erwirbt man den Besitz, auch wenn man vorher, schon Detentor ist, und der Grund davon liegt lediglich in dem Willen des Tradenten, der so beschränkt gefaßt war. Der Detentor kann zwar schon früher auf eigene Hand seinen animus domini realisiren, und wird dadurch Besitz erwerben können, aber dieser Besitz ist dann ein unrechtlicher, nicht durch Besitzübertragung entstandener.

des Besitzes ist der Wille, welcher einen bestimmten Inhalt lediglich auf sich bezieht, und in dieser Sphäre seiner Selbständigkeit gegen Andere ausschließend sich verhält. Diesen Willen, diese Selbständigkeit, dieses Fürsichbestehen hat der Precist wohl, aber nicht gegen den Geber, sondern er erkennt grade in ihm von Anfang an und fortwährend den Herrn an, von dem er abhängt (d. h. von dem auch der bloß relative Besitz, welchen er wirklich hat, abhängt). Seine Abhängigkeit ist eben nichts anderes, als diese relative Willenlosigkeit. Der Geber retinet animo possessionem gegen den Precisten, und dieser als solcher (d. h. so lange er in diesem Verhältniß bleibt, nicht durch die That causam possessionis mutat) ist damit einverstanden. Darum kann natürlich von einer Gewalt des Gebers gegen ihn nicht die Rede seyn, und wollte der Precist wegen angeblicher Störung des Besitzes mit dem Interdict uti possidetis gegen Jenen auftreten, so würde die exceptio precariae possessionis (d. h. der Einwand, daß er precario von ihm besitze) genügen, um ihn zurückzuweisen*). Dieses doppelte Besitzverhältniß dauert so lange fort, bis der Precist, aufgefordert zur Rückgabe der Sache, die Restitution verweigert. Nun, aber auch nun erst macht er sich zum Besitzer auch gegen den Concedenten, und darum ist jetzt wegen dieses Delicts (des eigenmächtigen Widerspruchs gegen den Willen) das interdictum de precario gegen ihn begründet. Dieses Delict und Interdict setzen aber grade voraus, daß der Concedent bis dahin gegen den Precisten Besitzer war. Das Interdict setzt durch Delict entzogenen Besitz voraus**).

---

*) L. 17 D. de precar. Qui precario fundum possidet, is interdicto uti possidetis adversus omnes praeter eum, quem rogavit, uti potest.

**) L. 15 § 4 D. eod. — an is quoque possideat, qui rogatus sit, dubitatum est? Placet autem, penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset: penes eum, qui rogasset, qua possederat corpore, penes dominum, quia non decesserit animo possessione. L. 3 § 5 D. de acquir. poss. — Sabinus tamen scribit, eum, qui precario dederit, et ipsum possidere, et eum, qui precario acceperit —. Fragt man nach dem practischen Unterschied unserer und der entgegengesetzten Ansicht, so ist es richtig, daß in Beziehung auf Interdicte und Usucapion ein solcher nicht wahrzuneh-

2) Die Superficies. Der Eigenthümer räumt dem Superficiar den Besitz ein, aber nur am Gebäude, nicht am Boden, worauf dasselbe ruht, obgleich Boden und Gebäude körperlich zu einem Ganzen verbunden sind. Den Besitz des Bodens behält er für sich, und dieser Erfolg ist möglich, weil hier der Besitz durch seinen Willen, mithin auch nur in dem Umfang und in der Beziehung entsteht, als er eben will. Aber er kann nicht Besitzer des Bodens als der Hauptsache seyn, ohne zugleich den Besitz des Gebäudes zu haben, weil dieses nur als Nebentheil von jenem gilt. Gewalt gegen ihn als Besitzer des Bodens wird eben durch Gewalt in Beziehung auf das Gebäude geübt. Aber in Beziehung auf den Superficiar besitzt er nicht, weil er sich dessen begeben hat. Dieses in der Natur der Sache liegende Besitzesverhältniß muß sich practisch in dem Resultat des Interdictsprocesses bewähren, und das geschieht folgendermaßen: der dominus soli hat das Interdict „uti possidetis" gegen Jeden, der ihn stört, nur gegen den Superficiar kann er es nicht durchsetzen, denn von diesem kann in Beziehung auf das Gebäude gegen ihn nicht Gewalt geübt werden, weil er gegen ihn nicht Herr seyn will. Der Superficiar dagegen hat gegen ihn, wie gegen jeden Anderen, der ihn im Besitz stört, ein eigenes Interdict (exemplo interdicti uti possidetis) *).

---

men ist, da auch die mit uns nicht übereinstimmenden Juristen das oben bezeichnete, von uns aus der Natur der Sache abgeleitete, Verhältniß der Interdicte zugeben, und dem precario dans für eine etwanige Usucapion der Sache eine accessio possessionis (L. 13 § 7 D. de acquir. poss.) einräumen. Aber es ist zu erinnern, daß es noch in mancher anderen Beziehung practisch wichtig seyn kann, ob der precario dans als Besitzer anzusehen sey, und vorzüglich, daß es für die scharfe Auffassung des Begriffes des Besitzes, und dadurch für die Besitzlehre überhaupt höchst wichtig ist, hier das natürliche Verhältniß der Sache, ungetrübt durch die Rücksicht auf Interdicte und Usucapion, zu begreifen. Hier, wie überall, pflegt man von diesen s. g. Wirkungen des Besitzes den ganz unjuristischen Gebrauch zu machen, daß man aus ihnen den Begriff des Besitzes erfassen und ableiten will, statt grade umgekehrt diesen für die Erläuterung jener zu benutzen.

*) L. 3 § 7 D. uti possid. — caeterum superficiarii proprio interdicto et actionibus a Praetore utentur; dominus autem soli tam

3) Die possessio pignoris ist ein Besitz, wie jeder andere, aber der Sinn der Besitzeinräumung ist hier ein eigenthümlicher. Der Faustpfandgläubiger hat die Sache nur zur Sicherung seiner Fordrung, nur dazu will er sie haben, und nur in dieser Beschränkung ist sie ihm gegeben. Giebt es also einen anderen Zweck, dem der Besitz der nämlichen Sache sonst noch dienen kann, ohne in die Besitzsphäre des Gläubigers einzugreifen, so behält für diese Beziehung der Schuldner selbst den Besitz. Dieser Zweck ist aber die Usucapion, welche nicht nur mit dem Zweck des Pfandbesitzes verträglich ist, sondern ihn sogar fördert. Darum bleibt der Schuldner *) noch der Besitzer der nämlichen Sache zum Behuf der Usucapion **).

---

adversus alium, quam adversus superficiarium potior erit interdicto uti possidetis, sed Praetor superficiarium tuebitur secundum legem locationis —. L. 2 D. de superfic.

*) L. 16 D. de usurpat. — quia qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet. quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet —. L. 1 § 15 D. de acquir. poss. L. 36 eod. (Wenn der Schuldner durch ein Precarium die Detention der Pfandsache vom Gläubiger erhält, so hindert das seine Usucapion gar nicht, denn er hat jetzt nur noch etwas mehr, als er ohne das Precarium gehabt haben würde, nämlich die Detention). — Bei der Sequestration ist das ganz anders. Hier geschieht die Besitzeinräumung grade omittendae possessionis causa, und zu dem Zweck, ut neutrius possesioni id tempus procedat (L. 39 D. eod. L. 17 § 1 D. depos.). Der precario rogatus behält natürlich nach unserer Ansicht auch für die Usucapion den Besitz. Auch für die Fortdauer des Usucapionsbesitzes des bonae fidei possessor, welcher die Sache zur Emphyteusis hingegeben, lassen sich Gründe anführen, obwohl er sonst nicht, wie der Constituent einer Superficies, den Besitz behält.

**) Hier ist endlich noch die Ansicht einiger römischen Juristen zu prüfen, daß es auch eine Concurrenz einer justa und injusta possessio an der nämlichen Sache geben könne (L. 3 § 5 D. de acquir. poss. — idem Trebatius probabat, existimans, posse alium juste, alium injuste possidere, duos injuste vel duos juste non posse; quem Labeo reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat —. L. 19 pr. D. de precar.). Bezieht man diese Ansicht auf den wirklichen Begriff des Besitzes so muß sie unbedingt verworfen werden. Denn betrachtet man zunächst den Fall der Entstehung einer injusta possessio durch gewaltsame Dejection des bisherigen Besitzers, so ist ja klar, daß we-

Es giebt nur einen einfachen Begriff des juristischen Besitzes, und keine Modificationen desselben, keine verschiedenen

---

der dieser selbst, noch irgend ein ehemaliger rechtlicher Besitzer vor ihm den Besitz jetzt noch haben kann. Denn die Dejection besteht eben darin, daß der animus domini des Dejectus dadurch völlig annullirt wird, mithin ihm von da an dasjenige fehlt, was den Kern des Besitzes ausmacht. Aber die Sache kann auch von einem rein practischen Standpunkt, nämlich in Beziehung auf den Ausgang des Interdictsprocesses „uti possidetis" betrachtet werden, und hier läßt sich allerdings sagen: wer sich durch die That (nämlich durch Besitzhandlungen) als Besitzer erweisen, und dies gerichtlich durchsetzen kann, der steht hierin einem wirklichen Besitzer gleich. Wenn ich Besitzhandlungen auf einem Grundstück vornehme, aus welchem der dadurch im Besitz Gestörte mich zuvor dejicirt hat, so kann ich sein interdictum uti possidetis durch die Einrede der Dejection zurückweisen, und eine für mich vortheilhafte Condemnation des Klägers durchsetzen. (Er kann nicht klagen, daß ich ihm Gewalt anthue, da er es grade ist, der mich gewaltthätig behandelt hat). Hier habe ich mich also practisch als Besitzer gerirt, und erhalte mich darin (L. 1 § 9 D. uti possid. L. 53 D. de acquir poss.). Darum bin ich dem Resultat nach justus possessor, obwohl er zugleich injustus possessor ist (L. 3 D. uti possid. Si duo possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum; quod qualiter procedat, tractemus. Si quis proponeret possessionem justam et injustam: ego possideo ex justa causa, tu vi aut clam; si a me possides, superior sum interdicto —). In diesem Zustand eines justus possessor bleibe ich natürlich auch dann, wenn meinen Dejicienten wiederum ein Dritter entsetzt hat. Nimmt Dieser nun Besitzhandlungen auf dem Grundstück vor, und ich trete dann gegen ihn mit dem Interdict uti possidetis auf (wie ich in gleichem Fall gegen meinen Dejicienten hätte thun, und ihn durch die Replik der Dejection hätte besiegen können), so kann er nicht condemnirt werden, denn gegen mich hat er keine Gewalt geübt, und auch ich kann nicht condemnirt werden, denn ich habe wider ihn gar nichts gethan, also: neuter nostrum vincetur. Von einer bloßen Abweisung des Klägers kann hier nämlich nicht die Rede seyn, da nach der Natur dieses interdictum duplex (L. 3 § 1 eod.) die Entscheidung immer eine positive Condemnation ergeben muß. Hier aber ist die Entscheidung unmöglich, darum bleibt alles im früheren Zustand (L. 3 pr. eod. — Si vero non a me, neuter nostrum vincetur, nam et tu possides, et ego). — Uebrigens bestätigt dieser Sieg des Nichtbesitzers gegen den wirklichen Besitzer unsere Behauptung, daß das entscheidende Moment im Interdictsproceß lediglich das Delict ausmacht, mithin der juristische Grund dieser Interdicte nicht im Besitz, sondern in dem Delict zu suchen ist. Dabei ist es ganz in der Ordnung,

Arten. Alle Eintheilungen des Besitzes, welche man aufzustellen versucht hat, sind von Merkmalen hergenommen, welche dem Begriff des Besitzes selbst fremd, und eben darum für ihn gleichgültig sind. Dergleichen sind:

1) Justa et injusta possessio. Aber die Rechtlichkeit oder Unrechtlichkeit der Entstehung afficirt den Begriff des Besitzes selbst nicht. Eben so wenig natürlich kommt die verschiedene Art des Rechtsgrundes, welcher etwa die Entstehung des Besitzes veranlaßt, hierfür in Betracht *).

2) Bonae et malae fidei possessio. Aber die bona fides (d. i. die begründete bloß subjective Ueberzeugung vom eigenen Recht) ist eine besondere Eigenschaft eines Besitzers, welche er neben seinem Besitz hat. Der Besitz ist immer derselbe, mag der Besitzer nebenbei in bona oder mala fide seyn. Darum ist es auch falsch, von einem Usucapionsbesitz als einer besonderen Art des Besitzes zu reden. Der Erwerb des Eigenthums durch Usucapion ist die gesetzliche Wirkung einer Menge von Voraussetzungen, unter denen der Besitz nur e i n, und zwar durchaus für sich bestehendes, wesentliches Moment ausmacht.

3) Man spricht endlich von einer ficta possessio, welche

---

und beweist nicht im mindesten für die entgegengesetzte Ansicht, daß diese, wie andere Delictsklagen die Ausgleichung der durch das Delict erlittenen besonderen Vermögensverletzung zum Zweck haben, daß also, da auch der Besitz seinen individuellen Vermögenswerth hat, das Resultat des Interdictsprocesses die Regulirung des Besitzstandes seyn k a n n. Denn bekanntlich ist dieser Erfolg auch nicht einmal nothwendig, wenn nämlich das Object selbst nicht mehr im Besitz des Verletzers ist, wo denn ein Aequivalent eintreten muß. — Ob jene Concurrenz einer justa und injusta possessio auch bei einer h e i m l i c h e n Besitzentziehung vorkommen kann, wird erst in der Lehre von den Interdicten erörtert werden.

*) In der L. 3 § 21 D. de acquir. poss. bezieht der Jurist die genera possessionum auf die Möglichkeit der R e c h t s erwerbung, verbessert sich aber weiterhin selbst, indem er sagt, daß es doch eigentlich nur eine Art des Besitzes gebe, obwohl viele Fälle der Anwendung dieses Begriffes. Im § 22 bezieht er dies auch auf das bona und mala fide possidere.

eine singuläre Art des Besitzes seyn soll. In gewissen Fällen, wo nach der Natur der Sache ein Besitz nicht Statt finde, werde seine Existenz dennoch gesetzlich angenommen. Allein diese Fälle *) bilden nicht eine Ausnahme von dem regelmäßigen Begriff des Besitzes (solche Fälle giebt es überhaupt gar nicht), sondern eine Ausnahme von der regelmäßigen Natur und Behandlung des Vindicationsprocesses.

## II. Vom Subject und Object des Besitzes.

Jedes juristische Subject kann Besitzer seyn (vgl. S. 83). Im heutigen Recht ist nun aber jeder Mensch juristisches Subject, folglich auch Jeder besitzfähig **). Aber es giebt manche

---

*) Qui dolo desiit possidere, wird im Vindicationsproceß condemnirt, wie sonst nur der Beklagte, welcher die Sache besitzt, condemnirt werden kann (L. 25 § 2 D. de heredit. pet. — perinde condemnandos, quasi possiderent —. L. 27 § 3 D. de rei vind.), und dies geschieht wegen seines dolus (L. 131 L. de reg. jur. Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est). Der juristische Grund der Condemnation ist nicht die Annahme des Besitzes, sondern das wirkliche Vorhandenseyn des dolus, welcher den Beklagten in die nämliche Lage bringt, als wenn er besäße. — Auch der Beklagte, qui liti se obtulit d. h. auf den Proceß sich eingelassen hat, als wenn er wirklich die Sache juristisch besäße, wird condemnirt, wie sonst ein wirklicher Besitzer, und der Grund davon liegt lediglich wiederum in seinem dolus, in dem decipere actorem (L. 25 D de rei vind.), weshalb diese Condemnation auch nicht eintritt, wenn der Kläger selbst die wahre Natur des Zustandes des Beklagten kannte (L. 26 eod. Nam si actor scit, tunc is non ab alio, sed a se decipitur, et ideo reus absolvitur). — Man könnte übrigens den Ausdruck „fingirter Besitz" hier gerne gestatten, wenn sich nur nicht die Vorstellung daran knüpfte, als gäbe es doch eine Art des Besitzes, welche nicht unter den behaupteten Allgemeinbegriff des Besitzes falle, und wenn man sich dadurch überhaupt nicht zu falschen Argumentationen über die Besitzlehre verleiten ließe.

**) Da es jetzt keine servi mehr giebt, so ist auch die Besitzunfähigkeit des liber homo bona fide possessus unpractisch, überhaupt das Princip, daß der, qui ab alio possidetur, nicht selbst besitzen kann (L. 1 § 6 D. de acquir. poss.). Mit diesem sclavischen Zustande eines Freien darf man aber nicht die bloß factische Gebundenheit und Unfreiheit eines Menschen verwechseln. Wer nur gewaltsam gefesselt

Personen, welche fähig sind, Besitz zu haben, und doch nicht besitzerwerbungsfähig sind.

Der animus domini ist nur dann ein wirklicher Wille, d. h. ein Wollen, welches zugleich ein Können, also Besitz ist, wenn es ein bestimmtes Wissen enthält von dem Object, auf dessen ausschließliche Beherrschung er gerichtet ist. Darum kann keine Sache der Gegenstand eines juristischen Besitzes seyn, welche ihrer Natur nach ein sicheres Bewußtseyn ihrer nicht zuläßt. Dahin gehört der unbestimmte Theil einer Sache *), jedes unkörperliche bloß im Begriff Existirende (die universitas rerum distantium, wo nur die einzelnen körperlichen Bestandtheile besessen werden können **)), jedes Object, welches physisch unbestimmbar (res omnium communis) ist. Ferner kann auch diejenige Sache nicht Gegenstand des Besitzes seyn, deren Besitznahme dem einzelnen Privaten durch das Verbot und die Macht des Staats ***) verwehrt ist. End-

---

ist, ist dadurch nicht Object des Besitzes, und verliert nicht etwa zu Gunsten des Vergewaltigers den ihm bisher zustehenden Besitz (L. 23 § 2 D. eod. — neque enim rerum natura recipit, ut per eum aliquid possidere possimus, quem civiliter in mea potestate non habeo).

*) L. 3 § 2 D. de acquir. poss. L. 32 § 2 D. de usurp.

**) L. 30 § 2 D. de usurpat. L. 3 pr. D. de acquir. poss. Possideri autem possunt, quae sunt corporalia.

***) Die zufällige bloße Detention einer Sache, dieses unmittelbare Factum, läßt sich nicht wirksam verbieten. Aber der juristische Besitz, die ausschließende an sich nicht temporäre Herrschaft, kann allerdings Object eines durch die Macht des Staats durchzusetzenden Verbotes seyn. Es ist sehr falsch und zugleich unnöthig, wenn wir, in den Quellen finden, daß eine res extra commercium (L. 30 § 1 D. eod.) nicht juristisch besessen werden kann, dies durch die Analogie der Unmöglichkeit der Rechtserwerbung an einer solchen Sache erklären zu wollen. Jenes Verbot, und die Möglichkeit desselben ist hinreichend für sich erklärbar. Ueberhaupt führt das Hineinziehen des Rechtsbegriffes in die Besitzlehre, so insonderheit die Characterisirung des Besitzes als präsumtives Eigenthum, nur zu Verwirrungen, und was dadurch erläutert werden soll, kann ohnehin begriffen werden. — Uebrigens wird im Text nur von solchen Objecten, welche absolut d. h. für Jeden dem Besitz entzogen sind, gehandelt. Die Lehre vom Be-

lich muß dasselbe gelten von solchen Sachen, welche keine selbständige Existenz haben, denn auch dieser kann man sich als Individuen nicht bewußt werden, daher sie auch nicht als solche zum Object des Wollens machen. Aus diesem Grunde ist juristischer Besitz unmöglich an einem in einem körperlichen Ganzen begriffenen Theil, bevor die Trennung desselben vom Ganzen erfolgt ist, vorausgesetzt, daß die Selbständigkeit, das Fürsichbestehen des Theils in dem Ganzen wirklich zu Grunde geht. Ob nun aber ein solches Verhältniß des Theils im einzelnen Fall anzunehmen ist, kann nur durch Interpretation aus der Natur der Sache ermittelt werden. Eine solche Interpretation gelangt zu folgenden Resultaten:

a) Wenn ein bestimmtes Landgrundstück als ein Ganzes besessen wird, so können nicht in demselben Augenblick die in ihm begriffenen Theile für sich besessen werden. Die Annahme des Gegentheils wäre sinnlos, denn besitzt man einen körperlich bestimmten Theil für sich, so besitzt man eben nicht mehr das angenommene körperlich begränzte Ganze, sondern diesen Theil als ein Ganzes *). Allein bei Grundstücken ist allerdings die Bestimmung des Begriffes eines Ganzen willkührlich, und es kann darum nach Belieben durch neue Gränzbestimmung ein bisher als Theil behandeltes Stück zu einem eigenen Ganzen erhoben, und dann auch für sich besessen werden **). Wenn ferner ein Grundstück als ein bestimmtes Ganzes einmal besessen wird, so wird darin nichts dadurch verändert, daß derselbe Besitzer ein benachbartes Grundstück hinzuerwirbt, und zu besitzen beginnt. Beide Besitzungen bilden selbständige Ganze, bis eine neue Bestimmung des Besitzers dieses Verhältniß derselben verändert ***). Endlich versteht es sich von selbst,

---

sitzverlust wird die relativen Hindernisse, welche für ein bestimmtes Subject den Besitz einer Sache unmöglich machen, bezeichnen.

*) L. 2 § 6 D. pro empt. — quoniam universitas ejus possideatur, non singulae partes.

**) L. 26 D. de acquir. poss. Locus certus ex fundo et possideri et per longam possessionem capi potest —.

***) L. 7 § 1 D. pro empt. — partes, quae emptioni fundi adji-

daß die Selbständigkeit alles dessen, was durch Natur oder Kunst in eine körperliche Verbindung mit dem Grund und Boden gelangt, aufhört, und mit ihm von da an Eins ausmacht, und daß diese Superficies nur in und mit dem Boden, nicht aber für sich besessen wird *). Aber auch hier kann, wie bei dem Boden selbst, die willkührliche Bestimmung des Besitzers eine Veränderung hervorbringen (vgl. S. 368).

b) Wie mit den integrirenden Theilen eines Grundstücks, so verhält es sich auch mit den zu einer universitas aedificii verwandten Baumaterialien oder anderen Sachen, welche durch die körperliche Verbindung mit ihr aufhören, als individuelle Ganze in Betracht zu kommen **). Ein animus domini ist an

---

ciuntur, propriam ac separatam conditionem habent, et ideo possessionem quoque earum separatim nancisci oportere —.

*) L. 23 pr. in f. D. de usurpat. — utputa cum aedes ex duabus rebus constant, ex solo et superficie —:

**) L. 23 pr. § 2 D. de usurpat. Eum, qui aedes mercatus est, non puto, aliud, quam ipsas aedes possidere. nam si singulas res possidere intelligetur, ipsas aedes non possidebit: separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, universitas aedium intelligi non poterit —. Hört die körperliche Verbindung der Theile auf, so beginnt der Besitz an ihnen als Einzelsachen (L. 23 § 2 l. l. L. 59 D. de rei vindic.). Die L. 30 § 1 D. de usurpat. scheint den Besitz an schon verbauten Materialien als solchen zuzulassen. Man hat diesen Widerspruch mit den obigen Stellen durch die Annahme zu beseitigen gesucht, daß hier die Verbindung von tegula und columnae mit dem Gebäude als so lose und oberflächlich gedacht werden solle, daß sie ihre Selbständigkeit dadurch nicht einbüßen. Aber schon der Zusammenhang mit dem zweiten Theil der Stelle steht dem entgegen. Dieser nämlich soll offenbar einen Gegensatz gegen jenen ersten bilden, und handelt von einem Fall, wo zwei Sachen trotz ihrer körperlichen Verbindung ihre Selbständigkeit conserviren, daher denn in dem ersten Theil von dem entgegengesetzten Fall die Rede seyn muß. Die allein ausreichende Art der Interpretation ist die im Archiv f. civil. Prax. Bd. 20. S. 93 vorgeschlagene, wornach „nihilominus" die nicht selten vorkommende Bedeutung einer verstärkten Verneinung (non, nequaquam, nihilomajus) haben soll (Priscianus lib. 18: — „frequenter duplici abnegatione uti, ut" nihilominus „pro" „non".). — Endlich muß hier noch die Bemerkung, welche eigentlich in die Usucapionslehre gehört, von der wir aber schon hier Gebrauch machen, angefügt werden, daß regelmäßig die durch fortgesetzten Besitz

einem Baumaterial oder z. B. einem Spiegel als einer für sich bestehenden Sache nur so lange möglich, als sie beweglich d. h. für sich bestehend ist, was aber nothwendig aufhört, sobald sie wirklich zum Gebäude verwandt, z. B. der Spiegel eingemauert worden ist. Uebrigens ist der Umstand gar nicht entscheidend, ob das Subject, welches eine solche Sache in dem Gebäude besitzt, sie zufällig auch vorher schon als singula res mobilis besaß oder nicht.

c) In Betreff beweglicher Körper braucht die Untersuchung sich nur auf solche zu beziehen, welche durch mechanische Zusammensetzung einzelner Sachen entstanden sind. Die Entscheidung wird sich nach dem natürlichen Verhältniß richten müssen, in welchem die verbundenen Theile zu einander in dem durch sie gebildeten Ganzen stehen. Ist dieses Verhältniß von der Art, daß man einem der Theile seine frühere Selbständigkeit absprechen und behaupten muß, daß er in dem Ganzen nur ein dienendes, nicht bestimmendes, son-

---

vollendete Usucapion eines körperlichen Ganzen den Eigenthumserwerb an den (durch spätere Trennung selbständig gewordenen) Theilen von selbst involvirt. Für den Fall, wenn fremde Baumaterialien zu einem Gebäude verwandt worden sind, gilt allerdings eine Ausnahme hiervon (L. 7 § 11 D. de acquir. rer. dom. L. 23 § 7 D. de rei vind.). Aber diese Bestimmung kann nicht aus dem an sich richtigen Satz abgeleitet werden, daß die einzelnen Bestandtheile während ihrer körperlichen Verbindung zu einem Ganzen nicht als Einzelheiten besessen werden können. Wir behaupten gar nicht, daß neben der Usucapion des Ganzen die Usucapion der Bestandtheile als solcher anfange und vollendet werde, sondern wir behaupten den in der Natur der Sache gegründeten Satz, daß, wenn man ein körperliches bloß durch den unmittelbaren Zusammenhang bestimmter Theile bestehendes Ganzes zum Eigenthum erworben hat, man auch nothwendig dadurch Eigenthümer der Theile geworden seyn müsse, weil, wenn Letzteres unwahr wäre, es (bei körperlichen Ganzen) absurd seyn würde, Ersteres (den Eigenthumserwerb am Ganzen) zu behaupten, endlich, daß dieser Erfolg stets eintreten muß, der Eigenthumserwerb mag sich auf Usucapion, Tradition oder Occupation gründen. Es ist also bei dieser Behauptung gar nicht von dem obigen für den Begriff des Besitzes wichtigen Satz, und eben so wenig ausschließlich von der Usucapion die Rede. Die Usucapionslehre wird erst Gelegenheit geben, näher zu erörtern, warum für Gebäude jene Ausnahme gilt, und in wie weit sie dafür gilt.

dern bloß bestimmtes Glied ausmacht, und nur als körperlich verbundene Nebensache erscheint, so ist die juristische Consequenz begründet, daß auch der Besitz an ihm als einer für sich bestehenden und selbständig in Betracht kommenden Sache unmöglich ist. Dabei aber kommt nichts darauf an, daß man diesen Theil etwa noch in dem Ganzen für sich sinnlich wahrnehmen kann, und daß es etwa noch möglich bleibt, ihn für sich abzusondern, und dadurch wieder zu einer selbständigen singula res mobilis zu machen *). Eine andere Entscheidung dagegen ist stets da nothwendig, wo die Theile eines körperlichen Ganzen in einem ganz gleichen Verhältniß zu einander stehen, und wo das Ganze eben darin seine Eigenthümlichkeit hat, daß es aus mehreren Theilen besteht, von denen keiner die Bedeutung einer unselbständigen Nebensache hat. Hier können diese Theile natürlich auch als solche Objecte des Besitzes werden oder bleiben, da sie trotz ihrer körperlichen Einigung ihre Integrität nicht einbüßen **).

---

*) L. 7 § 1. 2. D. ad exhib. enthält Beispiele für unsere Ansicht (Sed si rotam meam vehiculo aptaveris, teneberis ad exhibendum. Et ita Pomponius scribit: quamvis tunc civiliter non possideas. Idem et si armario vel navi tabulam meam, vel ansam scypho junxeris, vel emblemata phialae, vel purpuram vestimento intexeris, aut brachium statuae coadunaveris). L. 23 D. de rei vind. L. 26 § 1 D. de acquir. rer. dom. (Wo die propria qualitas des Ganzen dem ihm hinzugefügten Körper nur eine Bedeutung für das Ganze übrigläßt, da kann dieser nur im Ganzen und nicht für sich besessen werden). L. 30 pr. D. de acquir. poss. Qui universas aedes possidet, singulas res, quae in aedificio sunt, non videtur possedisse. Idem dici debet et de nave et de armario. Der Gegensatz von „universas" und „singulas" zeigt an, daß hier gedacht ist an die Bestandtheile des Ganzen, und nicht an Sachen, welche sich nur im Gebäude oder Schiff befinden. Für letztere wäre der Satz auch nicht einmal absolut richtig, wenn nämlich das Gebäude u. s. w. absichtlich zur custodia dieser Sachen gewählt worden wäre. Auch ist der Ausdruck „in aedificio esse" für Bestandtheile des Ganzen nicht ungewöhnlich (z. B. L. 23 § 2 D. de usurpat. — et non potest recte uti eo tempore, quo in aedificio fuerunt —).

**) Hierher gehört L. 30 § 1 in f. D. de usurpat. — quid ergo in his, quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent, ut in annulo gemma? In quo verum est, et aurum et gemmam possideri et usucapi, cum utrumque maneat integrum.

### III. Vom Erwerb des Besitzes.

Wenn nur Derjenige eine Sache besitzt, welcher sie nicht bloß für sich haben will, sondern auch ausschließlich haben kann, so kann der Grund (Erwerbsgrund) des Besitzes nur bestehen in dem auf das ausschließliche Haben der Sache gerichteten Willen (animus rem sibi habendi), und einem diesem Willen entsprechenden äußeren Factum (corpus), welches jene wirkliche Herrschaft über die Sache zur Folge hat. Apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore:*) ein Zusammenhang zwischen animus und corpus ist nothwendig, jedes für sich bedeutungslos. Dieser Zusammenhang soll nun zunächst betrachtet, und dann von jedem dieser Erfordernisse für sich gehandelt werden. Zum Erwerb des Besitzes ist nöthig ein vom Willen des Erwerbers ausgehendes d. h. durch ihn bestimmtes und beherrschtes äußeres Factum, welches in unmittelbarer Verbindung steht mit der

---

— Hier muß noch, um unsere Ansicht schärfer zu bestimmen, bemerkt werden:

a) Daß es für die Entscheidung der obschwebenden Frage gleichgültig ist, ob die Theile des Ganzen von dem Besitzer vorher für sich, oder von Anfang an nur in ihrer Vereinigung besessen werden.

b) Daß auch die Art der körperlichen Verbindung nicht absolut entscheidend ist.

c) Daß nichts darauf ankommt, ob eine Trennung der Theile durch die actio ad exhibendum bewirkt werden kann, oder nicht. Diese Klage setzt bei dem Beklagten bloß die facultas exhibendi voraus. Diese subjective Fähigkeit hat Jeder, welcher das Ganze auch nur detinirt, und es ist für die Anstellung dieser Klage einerlei, ob der Beklagte den zu exhibirenden Theil juristisch besitzt oder nicht. Die Ausführung der Exhibition setzt natürlich außerdem noch voraus, daß auch die Sache eine Unterscheidung und Trennung der ursprünglichen Bestandtheile zuläßt (L. 23 § 5 D. de rei vind.).

d) Endlich kann man gegen unsere Ansicht nicht einwenden, daß darnach das Resultat herauskommen könne, daß nach der Usucapion des beweglichen Ganzen doch nicht die Theile, wenn sie später getrennt würden, usucapirt wären. Denn nach den oben gegebenen Erklärungen (S. 376) läugnen wir die Möglichkeit eines solchen Resultats sowohl hier, als in jedem anderen Fall, außer bei Gebäuden.

*) L. 3 § 1 D. de acquir. poss.

in Besitz zu nehmenden Sache. Aber auch nur das ist nothwendig, daß die körperliche Thatsache im Sinne des Erwerbes erfolgt, und bloßer Ausdruck und Aeußerung seines Willens ist, nicht aber, daß sie auch unmittelbar vom Körper desselben ausgeht. Durch seinen Willen regiert er den äußeren sinnlichen Vorgang, und was geschieht, geschieht für ihn: das ist hinreichend um ihn zum Herrn der Sache zu machen. Nie erfolgt der Besitzerwerb solo animo *), und in keinem einzigen Fall kann das corpus ganz entbehrt werden. Aber es giebt allerdings Fälle, wo, wenn man die Person des Erwerbers und seine Thätigkeit für den Erwerb allein ins Auge faßt, das Innere und Wesentliche der Erwerbshandlung, nämlich der Wille überwiegend vor dem corpus hervortritt, so daß es für die oberflächliche Betrachtung den Anschein gewinnt, als wenn der animus allein hier den Erwerb vermittelte. Nämlich:

1) Der Besitzerwerb kann auch so vor sich gehen, daß das corpus gar nicht unmittelbar von der Person des Erwerbers ausgeht. Das geschieht bei dem Besitzerwerb durch Stellvertreter **). Hier nämlich ist der Wille dessen, welcher die äußere Erwerbshandlung vornimmt, dem Willen des Erwerbers unterworfen, mithin geschieht die Handlung des Repräsentanten, also auch der Besitzerwerb, nach dem bloßen Willen des Repräsentirten.

2) Das corpus braucht nicht nothwendig ein der Zeit nach nachfolgendes körperliches Factum zu seyn, welches den schon vorhandenen animus rem sibi habendi bethätigt, sondern es kann schon als körperlicher Zustand vorhanden seyn, und dann erst durch den nachfolgenden animus des Erwerbers die Bedeutung bekommen, welche es für den Besitzerwerb geeignet macht ***).

---

*) L. 30 § 5 D. de acquir. poss. — retinere enim animo possessionem possumus, apisci non possumus —.

**) L. 3 § 12 D. de acquir poss. Paul. recept. sent. Lib. 5. tit. 2 § 1. Possessionem adquirimus et animo et corpore: animo utique nostro, corpore vel nostro, vel alieno.

***) L. 3 § 3 D. eod. — solo animo non posse nos acquirere pos-

3) Endlich giebt es viele Fälle, wo zwar das corpus vom Erwerber selbst ausgeht, aber ein für die sinnliche Wahrnehmung so entfernter Zusammenhang zwischen ihm und der in Besitz zu nehmenden Sache Statt findet, daß der Wille allein den Erfolg herbei zu führen scheint *). Bei genauerer Betrachtung wird man freilich finden, daß ein solches unmittelbares körperliches Verhältniß des Erwerbers zur Sache, als für den Erwerb erforderlich ist, hier dennoch vorhanden ist.

Die ältere gemeine Ansicht faßte den Begriff der zum Besitzerwerb nothwendigen äußeren Thatsache (corpus) ganz strict, und verstand darunter lediglich das unmittelbare Verhältniß des Körpers des Erwerbers zur Sache. Ein solches Verhältniß würde hiernach bloß durch Ergreifen und Betreten hervorzubringen möglich seyn. Diese im strengsten Sinn körperliche Detention nannte man die Regel des Erwerbs, und betrachtete jede andere in den römischen Quellen erwähnte Besitzerwerbsart als bloße Singularität und gesetzliche Fiction. Ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen hätten nämlich gewissen für den wirklichen Erwerb an sich nicht genügenden Thatsachen die Bedeutung von Besitzerwerbshandlungen beigelegt, welche man deshalb symbolische Besitzerwerbungen nennen könne**).

---

sessionem, si non antecedat naturalis possessio —. Hierher gehört die s. g. traditio brevi manu, wo der, welchem der Besitz tradirt werden soll, schon die Detention der Sache hat z. B. als Commodatar, Depositar des Tradenten (L. 9 § 5 D. de acquir. rer. dom. L. 9 § 9 D. de reb. cred. — animo enim coepit possidere —.).

*) Beispiele hierfür: L. 51 D. de acquir poss. Quarundam rerum animo possessionem apisci nos, ait Labeo — utrobique enim animi quodam genere possessio erit aestimanda. L. 1 § 21 eod. — non est enim corpore et actu (tactu) necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu —. L. 3 § 1 eod. — dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere. L. 18 § 2 eod.

**) Diese Juristen, scheint es, möchten gern einen handgreiflich sicheren Begriff des corpus haben, um dem vermeintlichen Schwanken zu entgehen, in welches man nothwendig gerathe, wenn man den Begriff von corpus weiter fasse. Aber sie bedenken nicht, daß eben sie durch ihr Streben nach einer der Natur der Sache widerstrebenden

Die herrschende neuere Ansicht hat dagegen in diesem Theil der Besitzlehre jene Fictionen und Singularitäten gänzlich verworfen, und allgemeinere der Natur der Sache entsprechende Principien an die Spitze zu stellen versucht, unter welche nicht nur jeder in den Quellen vorkommende, sondern überhaupt jeder mögliche Besitzerwerbsfall begriffen werden könne und müsse.

Das, was dem Ergreifen und Betreten einer Sache die Eigenschaft einer besitzerwerbenden Handlung giebt, ist nicht das körperliche Berühren selbst, sondern die in diesem unmittelbaren Verhältniß zur Sache gegebene körperliche Macht über dieselbe. Darum muß auch jedes andere Factum, welches dem Apprehendenten die ausschließliche Gewalt über die Sache verschafft, als Erwerbsgrund gelten, und z. B. ein Subject auch durch seine bloße Gegenwart bei der Sache den Besitz derselben erwerben können, vorausgesetzt, daß er den animus domini hat, und in demselben Augenblick durch kein (unüberwindliches oder wenigstens unüberwundenes) Hinderniß beschränkt wird. Das dem animus domini dienende Factum muß, um den Besitz zu begründen, ein solches Verhalten des Menschen zur Sache seyn, daß ihm die gegenwärtige ausschließliche Einwirkung auf dieselbe offen steht. Dies ist der natürliche körperliche Besitz *), als Voraussetzung und Grund des

---

mechanischen Sicherheit, die Unbestimmtheit der Rechtsanwendung fördern. Denn nichts ist leichter zu beweisen, als daß sie bei jenen Ausnahmen für ihre Regel fast keinen Fall der Anwendung übrig behalten. An Grundstücken würde darnach weder bei einer freiwilligen Uebertragung, noch bei einer Dejection des bisherigen Besitzers Besitz erworben werden können, denn ein vollkommenes Betreten aller Theile ist unausführbar. Eben so können bewegliche Sachen nur in seltenen Fällen ganz und gar mit der Hand ergriffen werden. Um eine practische Entscheidung über den Besitzerwerb möglich zu machen, müssen jene Juristen eine Unzahl willkührlicher und (nach ihrer Voraussetzung) sinnloser Besitzerwerbsfälle zulassen. Dies verräth nicht nur ein schlechtes Zutrauen zu der römischen Jurisprudenz in diesem Gebiet, sondern führt auch zu dem trostlosen Resultat, daß der heutige Richter hier blind principlos nach dem Buchstaben entscheiden, und wenn ihn dieser, was nicht ausbleiben kann, verläßt, eben so rathlos seyn müßte, als er in den buchstäblich zutreffenden Fällen gedankenlos verfahren würde.

*) Die Detention muß hier, wie in dem Fall, wenn sie als Aus-

juristischen Besitzes. Aus der verschiedenen Natur der in Besitz zu nehmenden Sache ergeben sich nun aber verschiedene Arten des corpus (von den Neueren „Apprehension“ benannt), und zugleich kommt hierfür viel darauf an, ob die Sache schon im Besitz eines Anderen sich befindet, oder nicht. Darum wird der folgenden Uebersicht der letztere Unterschied zum Grunde gelegt, und dabei der Unterschied der unbeweglichen und beweglichen Sachen berücksichtigt werden:

1) An einer Sache, welche sich schon im juristischen Besitz befindet, ist ein Besitzerwerb natürlich nur dadurch möglich, daß der bisherige Besitzer (absolut oder relativ) seinen Besitz verliert. Dies kann nun geschehen:

a) Dadurch, daß er seinen animus domini zu Gunsten des neuen Erwerbers aufgiebt. Dies ist Besitzübertragung (traditio). Sie erfordert immer eine besondere*) Willensäußerung des bisherigen Besitzers, mag sie übrigens ausdrücklich oder stillschweigends durch Handlungen**) geschehen. Die Apprehension des Erwerbers besteht hier

---

übung des Besitzes erscheint, ein bewußtes absichtliches Innehaben seyn, und nur hierauf ist zu beziehen L. 1 § 3 D. de acquir. poss. Furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime corpore suo rem contingant, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat —. Der Begriff der Detention ist aber unabhängig von ihrem Verhältniß zum juristischen Besitz, und wenn sie nicht in dem bebezeichneten Zusammenhang mit demselben steht, so ist es für ihren Begriff unwesentlich, ob sie bloß zufällig, oder absichtliche und bewußte Thätigkeit ist (vgl. S. 339).

*) Der voraufgehende Contract drückt nur den Willen desselben aus, künftig die Tradition vorzunehmen. Setzt z. B. ein Käufer sich auf eigene Hand in den Besitz der ihm verkauften Sache, so ist er zwar Besitzer aber durch Delict, nicht durch Tradition (L. 5 D. de acquir. poss. Si ex stipulatione tibi Stichum debeam, et non tradam eum, tu autem nanctus fueris possessionem, praedo es —. L. 33 eod. Fundi venditor etiam si mandaverit alicui, ut emtorem in vacuam possessionem induceret, priusquam id fierit, non recte emtor per se in possessionem veniet —.).

**) L. 52 § 2 D. eod.

aa) bei Grundstücken darin, daß derselbe in unmittelbarer Nähe der Sache sich befindet, vorausgesetzt, daß kein natürliches Hinderniß die gegenwärtige augenblickliche Einwirkung auf die Sache unmöglich macht. Der Tradent ist ihm kein Hinderniß mehr, weil er nicht mehr Besitzer seyn will; für jeden Dritten ist aber die lediglich auf den Erwerber bezogene Tradition unwirksam. Gleichgültig ist es, ob das Grundstück selbst, und welcher Theil davon vom Erwerber betreten worden, oder ob es nur in unmittelbarer Nähe des Acts der Tradition gelegen ist *).

bb) Bei beweglichen Sachen giebt es sehr mannichfache Arten der Apprehension. Zunächst ist auch hier die unmittelbare Nähe der Sache bei dem Akt der Tradition zum Erwerb genügend **). Dann aber gilt

---

*) L. 3 § 1 D. eod. — Quod autem diximus, et corpore et animo adquirere nos possessionem, non utique ita accipiendum est, ut, qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet, sed sufficit, quamlibet partem ejus fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundum usque ad terminum velit possidere. L. 18 § 2 eod. — aut si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret vacuamque se possessionem tradere dicat, non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem.

**) L. 1 § 21 D. eod. — et argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas: nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint, et vina tradita videri, cum claves cellae vinariae emptori traditae fuerint. L. 74 D. de contrah. empt. Clavibus traditis, ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sint, quo facto, confestim emptor dominium et possessionem adipiscitur, etsi non aperuerit horrea —. L. 79 D. de solut. — in conspectu meo — quodammodo manu longa tradita —. L. 1 C. de donat. (Die Uebergabe der Kaufdocumente an den Beschenkten ist in Gegenwart der Sclaven selbst geschehen, was in einem Rescript nicht ausgedrückt zu werden brauchte. Die Uebergabe der Documente bezeichnet das Aufgeben des animus domini, die Nähe der Sclaven das corpus). — Wo das Besiegeln gekaufter Waaren überhaupt eine besondere Bedeutung für den Besitzerwerb hat, da kann es nur dazu dienen, den animus domini des Käufers zu bezeichnen, nicht aber kann es den Act der Apprehension enthalten. Ob nun aber im ein=

auch der der Natur beweglicher Sachen angemessene Satz, daß, wenn die Tradition an die vom Erwerber angeordnete Obhut (custodia), welche ihm den eigenen Einfluß auf die Sache und die Ausschließung jedes Dritten sichert, geschehen ist, dies eben so wohl ein natürlicher Besitz der Sache ist, und das sichere Bewußtseyn der Herrschaft hervorbringt, als wenn der Erwerber körperlich gegenwärtig gewesen wäre, oder die Sache mit der Hand ergriffen hätte *).

b) Der Erwerb des Besitzes kann ferner dadurch geschehen, daß der bisherige Besitzer ihn wieder seinen Willen verliert. (Darüber vgl. Lehre vom Verlust des Besitzes).

2) Die Sache, welche in Besitz genommen werden soll, ist in dem Augenblick des Erwerbs ohne Besitzer.

Es ist begreiflich, daß der Apprehendent hier häufig unmittelbarer in ein körperliches Verhältniß zur Sache treten

---

zelnen Fall aus jener Handlung auf den animus geschlossen werden könne, das hängt davon ab, welchen Sinn nach allgemeiner oder localer Sitte bei bestimmten Waaren die Besiegelung hat. Bei Weinfässern pflegt man das bloß zu thun, um Verwechslung derselben zu verhüten, will aber dadurch noch gar nicht den Erwerb vollenden. (L. 1 § 2 D. de pericul. Si dolium signatum sit ab emptore, Trebatius ait, traditum id videri; Labeo contra. Quod et verum est. magis enim ne summutetur, signari solere, quam ut tradere tum videatur.). Anders z. B. bei Balken (L. 14 § 1 eod.).

*) L. 51 D. de acquir. poss. Quarundam rerum animo possessionem apisci nos, ait Labeo, veluti si acervum lignorum emero, et eum venditor tollere me jusserit, simul atque custodiam posuissem, traditus mihi videtur. Idem juris esse vino vendito, cum universae amphorae vini simul essent. Sed videamus, ne haec ipsa corporis traditio sit; quia nihil interest, utrum mihi an cuilibet jusserim, custodia tradatur? In eo puto hanc quaestionem consistere, an etiam si corpore acervus aut amphorae adprehensae non sunt, nihilominus traditae videantur. nihil video interesse, utrum ipse acervum, an mandato meo aliquis custodiat, utrobique enim animi quodam genere possessio erit aestimanda. L. 18 § 2 eod. Si venditorem, quod emerim, deponere in mea domo jusserim, possidere me, certum est, quamquam id nemo dum attigerit —. L. 9 § 3 D. de jur. dot.

muß, als in den oben bezeichneten Fällen. Denn es fehlt hier an einem voraufgehenden Act, welcher so bestimmt, als die Tradition, das äußere Factum als den Ausdruck eines animus domini erscheinen ließe. Jedoch braucht das corpus, um für die Realisation des animus domini, also für den Besitzerwerb geeignet zu seyn, nicht grade in einem unmittelbaren Ergreifen zu bestehen, wenn nur die Sache dadurch in eine eben so sichere Gewahrsam des Erwerbers geräth, als wenn sie mit der Hand ergriffen worden wäre *).

Nach den vorstehenden Erörterungen reicht der bloße animus domini ohne ein ihm angemessenes corpus für den Besitzerwerb nicht hin. Eben so muß auch der natürliche körperliche Besitz, um den juristischen hervor zu bringen, auf einen animus rem sibi habendi sich gründen **), und dieser Wille grade auf die Sache gerichtet seyn, welche der Gegenstand

---

*) Bewegliche in einem Grundstück verborgene Sachen können nur dadurch in Besitz genommen werden, daß man sie ausgräbt, also birgt (L. 44 pr. D. de acquir. poss. — et nihil interest, pecuniam in meo, an in alieno condidissem: cum si alius in meo condidisset, non alias possiderem, quam si ipsius rei possessionem supra terram adeptus fuissem —.). Der Besitzerwerb an einem thesaurus steht unter der nämlichen Regel, denn er ist nur ein Beispiel für diese Art des Erwerbs (L. 3 § 3 D. eod. — quidam putant, Sabini sententiam veriorem esse, nec alias eum, qui scit [in fundo esse], possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra. quibus consentio.). Für die Frage über den Besitzerwerb ist es natürlich einerlei, ob der thesaurus einen Eigenthümer hat, und ob man den Eigenthümer weiß, oder nicht. — Thiere muß man, um sie zu besitzen, in Thierbehälter gesperrt, oder überhaupt nur eingefangen, oder wirklich erlegt haben. Das verfolgte selbst tödtlich verwundete Thier ist noch nicht sub custodia nostra (L. 5 § 1 D. de acquir. rer. dom. — plerique non aliter putaverunt eam nostram esse, quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus: quod verius est. L. 55 eod. — Summam tamen hanc puto esse, ut si in meam potestatem pervenit, meus factus sit —. L. 3 § 14. 15 D. de acquir. poss. — aves autem possidemus, quas inclusas habemus: aut si quae mansuetae factae custodiae nostrae subjectae sunt).

**) L. 41 D. eod. Qui jure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere, quia non eo animo ingressus est, ut possideat, licet corpore in fundo sit.

des natürlichen Besitzes geworden ist*). Obwohl nun aber animus und corpus für den Besitzerwerb unentbehrlich sind, so ist doch das Zusammentreffen beider in der Person des Erwerbers selbst nicht durchaus nothwendig, sondern in beiderlei Beziehung ist eine Repräsentation durch Stellvertreter möglich. Dieser Besitzerwerb (s. g. possessio mediata) ist eben so wenig singulär und fingirt, als das von einem Rechtserwerb durch Stellvertreter behauptet werden kann. Hierüber ist folgendes anzuführen:

1) Rechtssubjecte sind besitzfähig, können aber doch nicht den Besitz selbst erwerben, wenn ihnen die Handlungsfähigkeit fehlt. Die sonst überall gestattete Vertretung solcher Personen ersetzt jedoch auch hier diesen Mangel. Dies gilt:

a) Für bevormundete Personen. Wahnsinnige und Kinder werden hier durch ihre Vormünder vertreten. Doch kann auch das Kind selbst den Besitz corpore erwerben, wenn der Wille des Vormunds den fehlenden animus ergänzt (judicium infantis suppletur auctoritate tutoris) **).

---

*) L. 34 pr. eod. Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum, et in Cornelianum iero, non adquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus —.

**) L. 1 § 3 § 20. L. 18 § 1 D. eod. L. 32 § 2 eod. Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit: nam judicium infantis suppletur auctoritate tutoris. utilitatis enim causa hoc receptum est. nam alioquin nullus consensus infantis est accipienti possessionem — (d. h. der Tutor muß den animus infantis suppliren können, weil er ihn bei dem Besitzerwerb sonst ja auch ganz und gar vertritt, ohne daß dabei von einer Einwilligung des Kindes selbst die Rede ist). Eben hiervon handelt auch L. 3 C. eod. Denn wenn es da heißt „corpore quaeritur", so wird dadurch stillschweigends deutlich genug angezeigt, daß hier nicht von einer völligen Vertretung durch den Vormund gehandelt wird, wie auch die letzten Worte der Stelle andeuten. Anderseits aber wäre ein Besitzerwerb des Kindes solo corpore völlig ungereimt, und diese Ungereimtheit würde durch die Annahme, daß der Tradition, also dem Willen des Schenkers, hier eine besondere ergänzende Kraft beigelegt werde, gar nicht beseitigt werden. Denn „tradere" ist von Seiten des Tradenten nie etwas Anderes, als „durch Aufgeben des eigenen animus domini dem Anderen, zu des-

Von Pupillen über die Kindheit hinaus gilt die Regel, daß sie stets mit Auctorität des Vormundes, aber in dem Fall auch ohne dieselbe Besitz erwerben können, wenn sie hinlängliche intellectuelle Reife haben, um den Vorgang begreifen und ernstlich wollen zu können *).

b) Für Corporationen **).

2) Wer den animus domini hat, kann das corpus durch einen Anderen vornehmen lassen. Die körperliche Handlung des Vertreters gilt als Factum des Erwerbers selbst, weil sie nur im Dienst seines Willens geschieht. Die Apprehension des Vertreters ist für den Repräsentirten eine solche custodia rei, welche auch sonst für den Besitzerwerb hinreicht. Allgemein wird hierbei vorausgesetzt:

---

sen Gunsten die Tradition geschieht, die ausschließliche augenblickliche Möglichkeit des Besitzerwerbs eröffnen", die Erfordernisse des wirklichen Erwerbs werden aber dadurch gar nicht modificirt. Ist man einmal darauf gefaßt, sich eine der Natur der Sache widerstreitende Erklärung dieser Stelle gefallen zu lassen, so kann man eben so gut die andere Erklärung annehmen, daß der Kaiser hier einen Besitzerwerb solo corpore gestatten wolle. Das Richtige aber wird seyn, von einem bloßen Rescript nicht zu erwarten, daß es alle Erfordernisse des Erwerbs immer speciell ausdrückt. Es wird hier daher als sich von selbst verstehend die Einwilligung (auctoritas) des Tutor vorausgesetzt werden müssen.

*) L. 1 § 3 D. eod. — sed pupillus tutore auctore incipiet possidere. Ofilius quidem et Nerva filius, etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum ajunt, eam enim rem facti non juris esse: quae sententia recipi potest, si ejus aetatis sint, ut intellectum capiant. Die Entscheidung dieses Juristen bestimmt durchaus verständig und genauer, was andere Stellen (L. 1 § 11. L. 32 § 2 eod.) unbestimmter angeben. Daß die benignior juris interpretatio, wovon § 10 J. de inutil. stipulat. spricht, eine der Natur der Sache widerstreitende Singularität enthält, dafür liefert die Stelle selbst hinreichende Argumente (sed quod diximus de pupillis, utique de iis verum est, qui jam habent aliquem intellectum. nam infans, et qui infantiae proximus est, non multum a furioso distant, quia hujusmodi aetatis pupilli nullum habent intellectum —.).

**) L. 2 D. de acquir poss. L. 7 § 3 D. ad exhib.

a) Daß der Repräsentant nicht für sich, sondern für den Anderen den Besitz erwerben will. Jedoch steht bei dem Besitzerwerb durch Tradition ein abweichender Wille des Vertreters nicht im Wege. Der Tradent giebt seinen animus domini nur zu Gunsten des Repräsentirten auf. Hat dieser daher nur den animus rem sibi habendi, so reicht die körperliche Apprehension des Repräsentanten hin, um jenen zum Besitzer zu machen, und der Wille des Repräsentanten kommt nicht in Betracht *).

b) Daß der Repräsentirte selbst den animus domini hat: denn „ignoranti possessio non adquiritur". Diese Regel bezieht sich nicht darauf, daß er nothwendig eine Kunde von der wirklich geschehenen Apprehension haben müßte **), sondern sie soll nur das ausdrücken, daß er überhaupt den Besitz wollen muß, welcher in seinem Namen erworben wird. Daraus folgt, daß auch

c) ein juristisches Verhältniß zwischen ihm und dem Repräsentanten nothwendig ist, welches jenen Willen unzweifelhaft zu erkennen giebt. Dies kann nun geschehen:

aa) In dem Verhältniß der väterlichen Gewalt durch einseitigen auf den Besitzerwerb gerichteten Befehl des Vaters an sein Hauskind. Gründet sich aber der Erwerb auf ein ihm vom Vater concedirtes Peculium, so bedarf es nicht einmal des speciellen Befehls ***).

---

*) L. 1 § 19. 20 D. de acquir. poss. L. 13 D. de donat. — nam et si procuratori meo hoc animo rem tradiderit, ut mihi adquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi adquirit. L. 37 § 6. L. 59 D. de acquir. rer. dom. sind nicht widersprechend.

**) Für die Usucapion ist auch das freilich regelmäßig nöthig (L. 1 C. de acquir. poss.): aber dies hat seinen Grund in den besonderen Erfordernissen des Eigenthumserwerbs durch Usucapion.

***) Ueber den Grund dieser letzteren Bestimmung scheinen die römischen Juristen verschiedener Meinung zu seyn. Einige halten sie für eine bloße Singularität, welche, auf einer besonderen utilitas beruhe (L. 44 § 1 D. de acquir. poss. utilitatis causa jure singulari receptum, ne cogerentur domini per momenta, species et causas pe-

bb) Durch den speciellen, vom Repräsentanten freiwillig übernommenen Auftrag, den Besitz einer Sache zu erwerben *). Nur eine einfache Anwendung dieses Besitzerwerbs durch freie Repräsentanten ist das s. g. consitutum possessorium. Hierunter ist zu verstehen die ausdrückliche oder stillschweigende Bestimmung, daß der bisherige juristische Besitzer einer Sache von nun an bloßer Repräsentant eines Anderen seyn wolle und solle. Es liegt hier der besondere Fall vor, daß der, welcher Repräsentant des Andern seyn will, die Sache nicht erst zu apprehendiren braucht, da er schon den körperlichen Besitz derselben hat, so daß es bloß einer Veränderung seines animus bedarf **).

---

culiorum inquirere — ). Andere betrachten sie als eine juristische Consequenz (L. 1 § 5 eod. — et quidem earum rerum, quas peculiariter tenent, etiam ignorantes, sicut Sabino et Cassio et Juliano placuit, quia nostra voluntate intelligantur possidere, qui eis peculium habere permisserimus —), und diese Ansicht verdient den Vorzug. Denn die concessio peculii enthält schon an sich den allgemeinen Willen des Vaters, wodurch er den Sohn zu jeglichem Erwerb durch das Peculium autorisirt. Darum fällt die ex justa causa von ihm detinirte Sache, welche er durch das Peculium erworben, unter den Begriff des peculium concessum; dieses aber besitzt der Vater, und der Sohn detinirt nur in seinem Namen (L. 24 D. eod.). Hieraus leuchtet von selbst ein, daß dieser Besitzerwerb durch Stellvertreter sich nur auf solche Fälle beziehen kann, wo der Besitz nicht durch Delict entsteht (L. 24 l. l. — quod vero ex maleficiis adprehenditur, id ad domini possessionem ideo non pertinet, quia nec peculii causam adprehendit).

*) L. 13 pr. D. de acquir. rer. dom. L. 41 D. de usurpat. L. 1 C. de acquir. poss. Es gehört dazu aber ein speciell auf den Besitzerwerb bezogener Auftrag, auch für denjenigen, welcher sonst schon als procurator für ihn handelt, auch wenn er procurator universorum bonorum ist. Die nachfolgende Genehmigung steht aber dem wirklichen Auftrag gleich, von dem Augenblick der Ratihabition an (L. 42 § 1 de acquir. poss. L. 24 D. de negot. gest.).

**) Hieraus geht hervor, daß auch dieses Constitutum kein singulärer fingirter Besitzerwerb ist. Der bloße Vertrag giebt nie den Besitz; aber ein bloßer Vertrag liegt auch in dem Fall eines solchen Constitutum nicht vor. — Ein ausdrückliches constitutum possessorium kommt selten vor (L. 18 pr. D. de acquir. poss.). In der

## IV. Vom Verlust des Besitzes.

Zunächst wird der Begriff des Besitzverlustes überhaupt angegeben, und darauf dieser Begriff in seinen besonderen Anwendungen erörtert werden. Der Besitz ist verloren, wenn der Besitzer das Object seines Besitzes nicht mehr für sich haben will, und zugleich nicht mehr für sich haben kann, also wenn das Gegentheil des Wollens und Könnens eingetreten ist. Der Begriff des Besitzes ist nicht so zu denken, als wenn animus domini und corpus als für sich bestehende Erfordernisse addirt und summirt denselben ergäben, sondern nur die Einheit Beider ist Besitz. Animus und corpus verhalten sich wie ein Inneres und dessen Aeußerung, Gedanke und Realisation, Wesen und Form oder Erscheinung, sind also in dem Begriff des juristischen Besitzes wirklich Eins. Kann man im einzelnen Fall behaupten, daß eines jener Erfordernisse aufgehört hat, so weiß man zugleich, daß auch das andere fehlt, denn das, was nach dem Aufhören jenes noch übrig bleibt, hat dann nicht mehr die Beschaffenheit, deren es zum Begriff des Besitzes bedarf. Wenn dem Besitzer die körperliche ausschließliche Macht über die Sache entzogen ist, so ist der Wille, welcher ihm dann etwa noch übrig bleibt, eben deshalb ein machtloser ohnmächtiger, also der animus domini, welchen der Besitz erfordert, eben so wenig vorhanden, als jenes corpus.

---

Regel liegt es von selbst in der Natur eines mit dem bisherigen juristischen Besitzer eingegangenen Rechtsverhältnisses: z. B. L. 28. L. 35 § 5 C. de donationib. Sed si quidem in omnibus supradictis casibus ususfructus fuerit a donatore retentus, et traditionem jure intelligi fieri —. L. 77 D. de rei vind. L. 1 § 1 L. 2 D. pro soc. In societate omnium bonorum omnes res, quae coeuntium sunt, continuo communicantur. Quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire. Dies gilt auch von den Sachen, welche solche socii später hinzuerwerben. Auch diese gelten sogleich als communicirt und tradirt. Die L. 74 D. eod. bezieht sich nicht auf eine societas universorum bonorum.

Am Schluß dieser Lehre mag noch die Bemerkung Platz finden, daß das, was vom Besitzerwerb überhaupt gesagt worden ist, im Allgemeinen auch auf die Quasipossessio Anwendung leidet. Was hierüber und über den Verlust des Quasibesitzes im Besonderen gesagt werden kann, ziehen wir aus Gründen, die dort angegeben werden, vor, in der Servitutenlehre abzuhandeln.

Wenn umgekehrt der Besitzer, welcher die Sache nicht mehr für sich haben will, zufällig noch die Detention behält, so hat er sie doch wirklich auch körperlich nicht mehr für sich, es ist nicht das corpus mehr, wie es der Begriff des juristischen Besitzes erfordert. Der Besitz wird also immer et animo et corpore verloren. Dies ist die allgemeine wissenschaftliche Anschauung des Vorganges, welcher den Besitzverlust enthält. Aber für die practische Anwendung reicht es durchaus hin, wenn der Richter eine juristische Ueberzeugung von dem Aufhören eines jener Erfordernisse gewonnen hat: denn dies gewährt ihm stets den sicheren Schluß, daß der Besitz überhaupt aufgehört habe *).

Die nachfolgende Untersuchung über die Arten des Besitzverlustes knüpfen wir an den Unterschied, ob der Besitz mit dem Willen, oder ohne und wider den Willen des bisherigen Besitzers aufhört:

---

*) Bei der Tradition und Dereliction wird Jedem die Richtigkeit unserer Behauptung sogleich einleuchten. Aber sie ist nicht minder wahr für jeden denkbaren anderen Fall des Besitzverlustes. Der Besitzer, welcher z. B. dejicirt, oder bestohlen ist, oder dem ein Thier entlaufen, hat wohl noch den Willen, die Sache für sich zu haben, (oder richtiger „sie wiederzubekommen"), aber die juristische Richtigkeit eines solchen bloßen Willens, welcher nur Wunsch oder Vorsatz ist, und allenfalls eine neue Besitzerwerbung begründen kann, ist wohl einleuchtend genug. Wer als Tradent sich mit dem neuen Erwerber zusammen auf dem schon tradirten Grundstück befindet, oder sogar später noch z. B. als Pächter die Detention desselben behält, beherrscht die Sache doch nicht körperlich und factisch, und zwar, weil er nicht Herr derselben seyn will. Aus allem diesem geht nun hervor, daß die Stellen des römischen Rechts, welche zum Besitzverlust fordern, daß utrumque (et animus et corpus) in contrarium actum sey, sich wissenschaftlich völlig richtig ausdrücken (L. 8 D. de acquir. poss. Quemadmodum nulla possessio adquiri, nisi animo et corpore postest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est. L. 153 D. de reg. jur.). Aber der Jurist, welchem es um das practische Resultat zu thun ist, hält sich an das Moment, welches aus dem ganzen Vorgang zunächst äußerlich hervortritt und ihm auffällt, und welches dienlich ist, um dem Richter den genügenden Beweis zu liefern, daß der bisherige Besitzer den Besitz verloren haben müsse. Daraus ist die beschränkte Fassung der übrigen Stellen erklärlich, welche enthalten, daß der Besitz „aut animo aut corpore" verloren geht (L. 3 § 6. L. 44 § 2 D. eod.).

1) Verlust durch den Willen.

Die einfache Regel ist, daß, wer nicht mehr Besitzer seyn will, es ebendadurch von dem Augenblick an nicht mehr ist*), gleichviel, ob dieser Wille ausdrücklich ausgesprochen, oder nur aus Handlungen erkennbar ist**). Die richtige Anwendung dieser Regel hängt aber davon ab, daß man in jedem Falle genau erwägt, ob und inwieweit der Besitzer den Willen, seinen Besitz aufzugeben, hat. Es kommt auf den concreten Inhalt des Willens an, und es können hier äußere und innere Bedingungen und Beschränkungen vorkommen. Die Dereliction z. B. ist das in jeder Rücksicht unbeschränkte Aufgeben des Besitzes. Wer aber den Besitz seiner Sachen aufgiebt, um dadurch einer momentanen Gefahr zu entgehen (z. B. jactus mercium, um das Schiff zu entlasten), derelinquirt sie nicht, obwohl er den Besitz derselben aus dem Grunde verliert, weil er ihrer nicht willkührlich habhaft werden kann. Eben so ist auch die Tradition keine Dereliction. Der Tradent will gar nicht unbeschränkt seinen Besitz aufgeben, sondern die Traditionshandlung ist schon von selbst ihrer Natur nach bedingt. Der Tradent giebt nur den Besitz auf (macht nur vacuam possessionem) für den, welchen er zum Erwerber bestimmt hat, und von welchem er erwartet, daß er den Besitz erwerben will, und wirklich erwirbt. Erwirbt nun Dieser den Besitz aus irgend einem Grunde dennoch nicht, so ist dadurch nicht für jeden Dritten ohne Weiteres die Sache zum freien Besitzerwerb hingegeben, so daß dieser sie etwa auch pro derelicto besitzen und usucapiren könnte, sondern der Tradent hat nun den Besitz gar nicht verloren, weil er ihn nicht so unbedingt aufgeben w o l l t e ***).

*) L 3 § 6. 9. L. 17 § 1 L. 44 § 2 D. eod.

**) L. 10. L. 19 pr. L. 21 § 3. L. 28 D. eod.

***) Pro derelicto besitzen und usucapiren kann man nicht einmal die salutis causa ejicirten Sachen (L. 21 § 1. 2. D. h. t.), um wie viel weniger denn die einem bestimmten Menschen tradirten Sachen. Wenn ich mit meinem Käufer über das verkaufte Grundstück völlig einverstanden bin, ihm darauf dieses Grundstück tradire, und er in der Meinung, daß er dasselbe betrete, einen anderen Acker einnimmt, so hat er den Besitz nicht erworben, und ich ihn nicht verloren (L. 34 pr. D. eod. — sed non puto errantem adquirere; ergo nec amittet

2) Verlust ohne und wider Willen des Besitzers.

a) Bei unbeweglichen Sachen. Die bloße Entfernung von der Sache ist hier für den Besitzer ohne Nachtheil, weil er wegen ihrer Unbeweglichkeit stets weiß, wo sie sich befindet, und dadurch sich die Möglichkeit erhält, das unmittelbare Verhältniß zu derselben willkührlich herzustellen. Darum muß der Besitz so lange dauern, bis es durch ein unzweifelhaftes Factum entschieden ist, daß er den natürlichen Besitz nicht mehr herstellen kann. Dies ist aber hier nur dann gewiß, wenn er entweder durch natürliche Hindernisse (gänzlichen oder temporären Untergang der Sache) von der Sache ausgeschlossen ist, oder einem fremden Willen, welcher sich der Sache bemächtigt hat, weichen muß (Dejection)*). Weiß er aber die Occupation seines Grundstücks, und wagt es nicht,

---

possessionem, qui quodammodo sub conditione recessit de possessione). Dasselbe muß auch für den Fall gelten, wenn der, welcher den Besitz durch die Tradition erwerben soll, ihn, z. B. weil er furiosus ist, nicht erwerben kann. Der Tradent glaubt hier den Besitz zu übertragen, aber thut es nicht, weil er wegen subjectiver Unfähigkeit des Contrahenten es nicht kann. Der Jurist Celsus ist in der L. 18 § 1 D. eod. freilich anderer Meinung, aber das „ridiculum est etc." ließe sich leichter auf seine Meinung anwenden. Was ein Tradent will, will er nur in der bestimmten Beziehung und in dem beschränkten Sinn, welchen er gleich anfangs in das körperliche Factum der Tradition hineinlegt. Derelinquiren will er die Sache auf keinen Fall, es sey denn, daß das aus anderen speciellen Thatsachen nachgewiesen werden kann. L. 18 pr. D. de vi — neque enim ante ommissam videri possessionem, quam si tradita fuisset emptori, quia nemo eo animo esset, ut possessionem omitteret propter emptorem, quam emptor adeptus non fuisset.

*) L. 15 L. 30 § 3. D. eod. Freilich ist es gleichgültig, ob der, welcher den Besitzer vertreibt, selbst den Besitz erwirbt, oder nicht (L. 4 § 22 D. de usurpat.). Das Verlassen einer Sache aus Furcht vor Anwendung der auf die Dejection gerichteten Gewalt hebt auf jeden Fall den Besitz auf. Wer nicht das Vertrauen hat, der nahenden Gefahr widerstehen zu können, beweist dadurch, daß er nicht mehr den animus domini hat. Die Untersuchung, ob er in diesem Fall vi dejectus genannt werden könne, gehört nicht in diese Lehre (L. 9 pr. D. quod met. caus. L. 1 § 29 L. 3 § 6. 7. D. de vi L. 33 § 2 D. de usurpat.).

den Occupanten zu vertreiben, so ist der Besitz zwar auch verloren, aber nicht sowohl corpore, als animo, d. h. er will lieber den Besitz aufgeben, als sich mit dem Occupanten auf einen Streit einlassen. Aber so lange, bis er die fremde Invasion erfährt, kann bei Grundstücken von einem Besitzverlust nicht die Rede seyn. Denn bis dahin ist es unentschieden, ob er seine Macht und und Herrschaft über die Sache nicht noch durch die That beweisen werde. Läßt sich aus seinem späteren Benehmen schließen, daß er die Uebermacht des Occupanten anerkennt, oder daß ihm sein Besitz wenigstens gleichgültig ist, so ist dadurch von selbst bewiesen, daß er nicht mehr Besitzer ist, weil ihm der animus domini fehlt *).

*) Der Satz, daß der Besitz an unbeweglichen Sachen nicht durch heimliche Invasion eines Dritten, sondern erst dann verloren geht, wenn der Besitzer die Invasion erfahren hat, ist eben so wenig singulär, als die Rechtsregel „solo animo retinetur possessio" eine Fiction. Diese Regel gehört zum Wesen des juristischen Besitzes, und jener Satz ist eine Consequenz aus der Natur unbeweglicher Sachen. Der Besitz besteht, so lange der Besitzer seinen animus domini durchsetzen kann, und durchsetzen will. Das Können geht ihm bei unbeweglichen Sachen durch die bloße Entfernung von denselben nie verloren, denn er kann an der willkührlichen Herstellung des körperlichen Besitzes hier nicht, wie bei beweglichen Sachen, durch die Unmöglichkeit, sie wiederaufzufinden, gehindert werden (L. 3 § 11 L. 44 in f. L. 45 D. de acquir. poss. L. 1 § 25 D. de vi; Quod vulgo dicitur, aestivorum hibernorumque saltuum nos possessiones animo retinere, id exempli causa didici Proculum dicere, nam ex omnibus praediis, ex quibus non hac mente recedimus, ut omisisse possessionem vellemus, idem est). Dieses Verhältniß des Besitzers zum Grundstück wird nun durch den Umstand nicht im geringsten gestört, daß ein Anderer ohne Wissen des Besitzers das Grundstück oder einen Theil desselben occupirt. Denn die Frage, auf welche es hier allein ankommt, ob der Besitzer auch im Stande ist, seine Herrschaft über die Sache zu bethätigen, bleibt dabei noch ganz unentschieden. Hierauf bezieht sich L. 18 § 3 D. de acquir. poss. (Si dum in alia parte fundi sum, alius quis clam animo possessoris intraverit, non desisse illico possidere existimandus sum, facile expulsurus finibus, simul atque sciero). Wer heimlich, d. h. in Voraussicht des Widerspruchs, und deshalb, um diesem Widerspruch zu entgehen, ohne Wissen des Besitzers (L. 6. L. 40 § 2. 3. eod. L. 73 § 2 D. de reg. jur.) sein Grundstück occupirt, nimmt ihm dadurch noch nicht den Besitz, wird gegen ihn nicht Besitzer. (Ob gegen jeden Anderen, so daß hier wiederum eine Concur-

Es ist auch sonst allgemeine Regel, daß eine dauernde grobe Vernachlässigung der Besitzausübung, weil daraus der Mangel eines ernstlichen animus domini hervorgeht, den Verlust desselben nach sich zieht *).

b) Bei beweglichen Sachen. Hier hat die bloße Entfernung von der Sache an sich auch nicht den Verlust des Besitzes zur Folge, selbst wenn der Besitzer sie außer aller Gewahrsam liegen läßt, vorausgesetzt, daß er sie sicher aufzufinden weiß, also noch die Möglichkeit der Ausübung des Besitzes behält. Aber bei beweglichen Sachen kann es ihrer Natur nach leichter geschehen, daß

---

renz von Besitzern an der nämlichen Sache Statt finden würde, wird in der Interdictenlehre untersucht werden). Von ihm gilt, was L. 22 D. de acquir. poss. sagt „non videtur possessionem adeptus is, qui ita nactus est, ut eam retinere non possit". Denn es ist noch ungewiß, ob er sich gegen den Besitzer in der Detention behaupten werde (L. 6 § 1 eod. Qui ad nundinas profectus neminem reliquerit, et dum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere, Labeo scribit. Retinet ergo possessionem is, qui ad nundinas abiit —. L. 3 § 7. L. 18 § 3 eod.). Dies Verhältniß verändert sich aber wesentlich, sobald der Besitzer eine Kunde von der Invasion erlangt hat. Nun sind dreierlei Fälle möglich: a) der Besitzer kehrt zurück, und es gelingt ihm, den Occupanten zu vertreiben. Dann hat er seinen Besitz gar nicht verloren gehabt. b) Er kehrt zurück, wird aber vom Occupanten repellirt. Dann hat er durch Dejection den Besitz verloren (L 1 § 24 D. de vi. L. 6 § 1 in f. D. de acquir. poss.). c) Er versucht es gar nicht, sich wieder in den körperlichen Besitz des Grundstücks zu setzen. Dann hat er den Besitz animo verloren, sey das Motiv seines Nichthandelns Furcht oder Gleichgültigkeit gegen seinen Besitz (L. 25 § 2 eod. Quod autem solo animo possidemus, quaeritur, utrumne usque eo possideamus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio, an vero [quod quasi magis probatur] usque eo possideamus, donec revetentes nos aliquis repellat, aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur, repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem? et videtur utilius esse. L. 3 § 8. L. 7 L. 18 § 4 eod.).

*) L. 37 § 1 D. de usurpat. Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex negligentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit, vel longo tempore abfuerit.

der Besitzer jenes sichere Bewußtseyn verliert. Darum wird regelmäßig hier die Dauer des Besitzes an das Bestehen irgend einer Obhut (custodia), welcher die Sache anvertraut worden, geknüpft seyn *). Der Besitz hört auf:

aa) Wenn der Besitzer die Sache so aus seiner Gewahrsam verliert, daß er nicht weiß, wo sie sich befindet **). Dies gilt auch von Thieren, nämlich wenn wilde Thiere ihre natürliche Freiheit wieder erlangen, und gezähmte die Gewohnheit des Wiederkehrens ablegen ***). Die Regel gilt aber nicht von solchen Sachen, welche man wirklich in Gewahrsam hat, und nur aufzusuchen unterläßt, oder wenn man bloß augenblicklich den Platz nicht erinnert, wo man sie geborgen †).

bb) Wenn die Sache ganz zu Grunde geht ††), oder auch

*) L. 3 § 13 D. de acquir. poss. Nerva filius, res mobiles, excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est, quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus —.

**) L. 25 pr. eod. Si id, quod possidemus, ita perdiderimus, ut ignoremus, ubi sit, desinimus possidere. L. 3 § 13 l. l. — nam pecus, simul atque aberraverit, aut vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur —.

***) § 12 J. de rer. divis. — cum vero tuam evaserit custodiam, et in libertatem naturalem sese receperit, tuum esse desinit —. § 15 eod. — revertendi autem animum videntur desinere habere tum, cum revertendi consuetudinem deseruerint.

†) L. 3 § 13 in f. D. l. l. — dissimiliter atque si sub custodia mea sit, nec inveniatur, quia praesentia ejus sit, et tantum cessat interim diligens inquisitio. L. 44 pr. eod. Peregre profecturus pecuniam in terra custodiae causa condiderat; cum reversus locum thesauri immemoria non repeteret, an desisset pecuniam possidere, vel si postea recognovisset locum, an confestim possidere inciperet, quaesitum est: Dixi, quoniam custodiae causa pecunia condita proponeretur, jus possessionis ei, qui condidisset, non videri peremtum —.

††) Dahin gehört auch die Umwandlung einer Sache durch Specification: L. 30 § 4 D. eod.

nur temporär durch natürliche Ereignisse der willkührlichen Einwirkung des Besitzers entzogen wird *).

cc) Bei beweglichen Sachen giebt es nicht bloß eine gewaltsame, sondern auch eine heimliche Besitzentziehung **). Die heimliche Entziehung (subtrahere, subripere, clam ferre) nimmt dem Besitzer die Möglichkeit willkührlicher Ausübung des Besitzes: in dem Augenblick der That weiß er nicht, ob und wo sie existirt, folglich kann er sie nicht mehr beherrschen, ist nicht mehr Besitzer.

Endlich ist noch speciell der Fall zu betrachten, wo der juristische Besitz durch den körperlichen Besitz (corpore) eines Repräsentanten ausgeübt wird. Für den eigentlichen Besitzer ist der Repräsentant die custodia, wodurch er sich den Besitz sichert, und seinen animus domini zu realisiren, in den Stand gesetzt wird. Darum kommt die Dejection des Besitzers nicht in Betracht, so lange der Repräsentant noch für ihn detinirt, oder er selbst nicht den Besitz aufgiebt ***). Aus demselben Grunde aber muß er den Besitz verlieren, wenn der Repräsentant dejicirt †), oder bestohlen wird, oder die Sache verliert. Dagegen kann dadurch allein, daß die Repräsentation z. B. durch Tod oder Wahnsinn des Stellvertreters, oder durch Aufhebung des dieselbe begründenden Obligationsverhältnisses, aufhört, der Besitzverlust nicht eintreten ††). Denn an sich bedarf man ja keines Stellvertreters, um Besitzer zu seyn: daher kann es denn auch dem Besitzer nicht schaden, wenn der Stellvertreter bloß seine Detention aufgiebt †††). Nur zwei Fragen bedürfen hier einer näheren Erörterung:

1) Geht der Besitz verloren, wenn der Repräsentant die

*) L. 13 pr. D. eod.

**) L. 15 D. eod.

***) L. 1 § 45 D. de vi.

†) L. 1 § 22 D. eod.

††) L. 3 § 8. L. 25 § 1. L. 40 § 1 D. eod.

†††) L. 3 § 8. L. 44 § 2 D. eod. L. 31 D. de dol. L. 7 pr. D. pro empt. In der L. 40 pr. D. de acquir. poss. ist die Lesart „idem existimandum“ dem „aliud“ anderer Handschriften vorzuziehen.

Detention aufgiebt, um einem Dritten den Besitz zu verschaffen, und Dieser dann der Sache sich bemächtigt? Hier muß man sagen: wirksam tradiren oder tradiren lassen kann nur der Besitzer, nicht der bloße Detentor, also der bloße Wille, die Untreue des Repräsentanten kann einen solchen Effect nicht haben. Daher wird es hier immer auf das Verhältniß des Dritten zum Besitzer ankommen, und die Frage nach den gewöhnlichen Regeln über den Besitzverlust entschieden werden müssen. Bei beweglichen Sachen giebt es eine heimliche Besitzentziehung, also auch in dem vorliegenden Fall. Dagegen bei Grundstükken kann nach der gewöhnlichen Regel der Besitz nicht durch die (hier durch den Repräsentanten veranlaßte) heimliche Invasion des Dritten verloren gehen *).

2) Wie geht an den Repräsentanten selbst der Besitz verloren? Bei unbeweglichen Sachen gilt auch hier keine heimliche Besitzentziehung. Der Stellvertreter muß seinen veränderten animus durch die That (Dejection, Nichtzulassung des Besitzers) realisirt haben **). Bei beweglichen Sachen reicht ebenfalls

---

*) Wir halten die Entscheidung der L. 12 C. de acquir. poss. für durchaus verständig. Daß hier eine unter den alten Juristen bestrittene Frage entschieden werden sollte, zeigt der Eingang der Constitution deutlich. Daß aber die Entscheidung ganz besonders auf den Fall bezogen werden sollte, wenn der Repräsentant die Sache dem Dritten absichtlich Preis giebt und hingiebt, wird durch die Zusammenstellung des „dereliquerit“ und „vel prodiderit“ klar genug bewiesen. Bedeutende römische Juristen waren hier allerdings anderer Ansicht (L. 44 § 2 eod. — ejus vero, quod servi vel coloni corpore possidetur, non aliter amitti possessionem, quam eam alius ingressus fuisset, eamque amiti nobis quoque ignorantibus —. L. 40 § 1 in f. eod. Die L. 33 § 4 D. de usurpat. spricht ohne Zweifel nur von beweglichen Sachen). Wenn wir übrigens den Inhalt jener Constitution troß der Worte „cujuscunque rei“ auf unbewegliche Sachen beschränken, so geschieht das aus dem juristisch nothwendigen Grunde, weil entweder der Repräsentant selbst schon durch die willkührliche heimliche Disposition über die bewegliche Sache sich zum Besitzer (durch furtum) macht, oder doch wenigstens der Dritte ganz nach der gewöhnlichen Regel Herr derselben wird. Justinian will aber nur eine juristisch sachgemäße Entscheidung geben, und nicht einen neuen Grundsatz einführen.

**) L. 18 pr. D. de vi.

die bloße Veränderung des animus nicht hin, damit der Repräsentant den Besitz erwerbe. Denn wenn er körperlich in demselben Verhältniß zur Sache verharrt, in welchem er als Repräsentant und Custodient erschien, so entspricht ja die körperliche Thatsache nicht dem veränderten Willen. Er muß die Sache nicht bloß für sich haben wollen, sondern diesen Willen auch durch ein besonderes Factum ausführen. Dies geschieht bei beweglichen Sachen durch heimliches Entziehen, Fortschaffen, Bemächtigen, denn erst hierdurch hat er die Sache auch körperlich für sich*). Eine ganz andere Frage ist es, ob die bloße Willensänderung, ohne eine neue in diesem Sinn vorgenommene körperliche Handlung, nicht ausreicht, um dem Besitzer seinen Besitz zu entziehen, wenn auch der Repräsentant denselben nicht dadurch erwirbt? Wenn es sonst allgemeine Regel ist, daß der Besitz einer beweglichen Sache schon dadurch verloren gehen kann, daß der Besitzer sie aus der über sie angeordneten Custodia verliert, ohne daß ein Anderer den Besitz zu erwerben braucht, so ist nicht abzusehen, warum dies nicht auch hier sollte geschehen können und müssen. Hier besteht nun aber die Custodia grade in der vom Besitzer angeordneten Repräsentation. Er hat das zum Begriff des Besitzes erforderliche sichere Bewußtseyn der Herrschaft nur dadurch, daß der Wille des Repräsentanten sich seinem animus domini unterordnet. Hört nun dieser Wille auf, so geht schon dadurch dem Besitzer die custodia rei verloren, und das bloße körperliche Detiniren des früheren Repräsentanten hat nun für Jenen keine Bedeutung mehr. Daher ist es gewiß die der Natur der Sache gemäßeste Ansicht, welche sich für die Bejahung der aufgeworfenen Frage entscheidet**).

---

*) L. 3 § 18 D. de acquir. poss. Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere. Sed si eam loco non moveris, et inficiandi animum habeas, plerique Veterum, et Sabinus et Cassius recte responderunt, possessorem me manere, quia furtum sine contrectatione fieri non potest, nec animo furtum admittatur. L. 1 § 2 L. 67 pr. D. de furt.

**) L. 47 D. de acquir. poss. Si rem mobilem apud te depositam aut ex commodato tibi possidere, neque reddere constitueris, confestim amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est. cujus rei forsitan illa ratio est, quod rerum mobilium ne-

V. **Die Wirkungen** des juristischen Besitzes, deren die ältere juristische Litteratur eine große Menge aufzuzählen pflegte *), hat eine neuere sehr verbreitete Theorie auf zwei, nämlich Interdicte und Usucapion, reduciren zu müssen geglaubt. Wir behaupten aus Gründen, welche S. 351 u. S. 371 angedeutet worden sind, daß auch Interdicte und Usucapion nicht juristische Wirkungen des Besitzes genannt werden dürfen. Es ist allerdings richtig, daß der Besitz eine wesentliche juristische Voraussetzung für eine Anzahl von Rechtsbestimmungen (Erwerb des Eigenthums durch Usucapion, Occupation, Tradition, Perception, für die actio Publiciana) ausmacht; aber für alle diese Rechtswirkungen giebt es eine Menge anderer eben so wesentlicher Voraussetzungen, so daß es juristisch durchaus nicht gerechtfertigt werden kann, vorzugsweise den Besitz den Grund dieser Wirkungen zu nennen.

---

glecta atque omissa custodia, quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum adferre consuevit, idque Nerva filius libris de usucapionibus retulit —.

*) Wir heben hier hervor:

a) Das **Retentionsrecht**. Eine Sache retiniren kann natürlich nur der, welcher sie factisch detinirt. Aber das **Recht**, sie zu retiniren, gründet sich immer auf eine besondere Fordrung und Obligation. Die Detention, nicht einmal der juristische Besitz, ist nur die nothwendige Voraussetzung für die Ausübung dieses Rechts.

b) Daß der Besitzer im Vindicationsstreit die Möglichkeit hat, den Proceß zu gewinnen, ohne daß er seinerseits etwas zu beweisen braucht, ist nichts anderes, als der gewöhnliche Vortheil des Beklagtenverhältnisses. Nach den gewöhnlichen oben (S. 284—303) behandelten Regeln über die Beweislast wird der Kläger abgewiesen, welcher das von ihm behauptete Recht nicht beweisen kann. Im Vindicationsstreit trifft nur die Qualität des Besitzers und des Beklagten in einer und derselben Person zusammen, weil die rei vindicatio regelmäßig nur vom Nichtbesitzer gegen den Besitzer gebraucht werden kann.

c) Daß ein Besitzer sich und seinen Besitz gegen Eigenmacht vertheidigen kann, ist nicht eine juristische Folge des Besitzes, sondern nur eine besondere Anwendung der allgemeinen Regel, daß Niemand Gewalt zu dulden braucht. Das **Recht** der Nothwehr gründet sich weder auf juristischen Besitz, noch auf Detention, ist überhaupt nichts abgeleitetes, sondern ein im heutigen Staat allgemein geltender **Grundsatz**.

# Inhalt.



## Allgemeine Lehren.

### Erstes Capitel.

Das Recht in seinem Ursprung und seiner Verwirklichung.

## Zweites Capitel.

### Das Rechtssubject.



## Drittes Capitel.

### Recht und Verbindlichkeit.

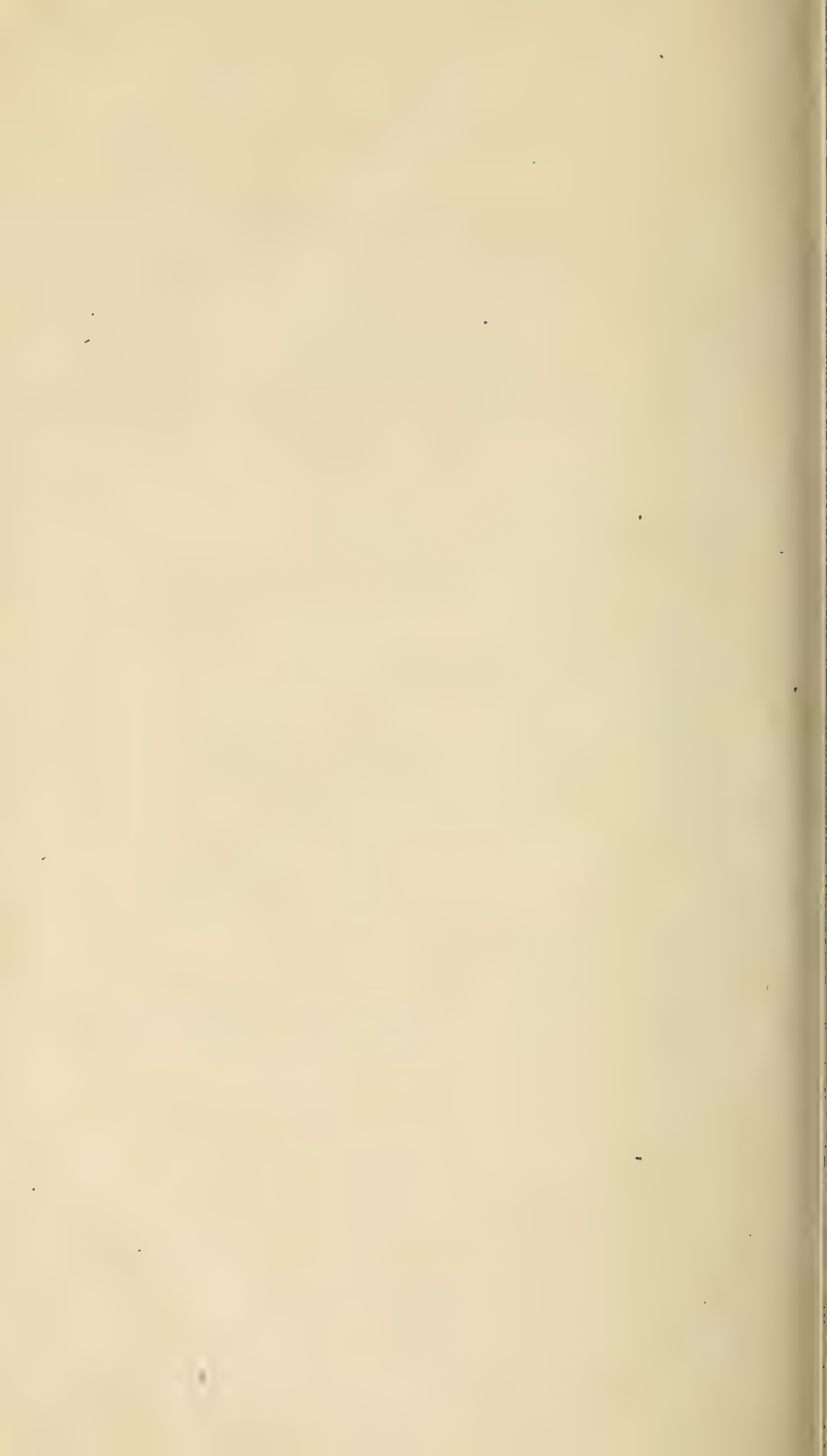
## Viertes Capitel.

## Fünftes Capitel.

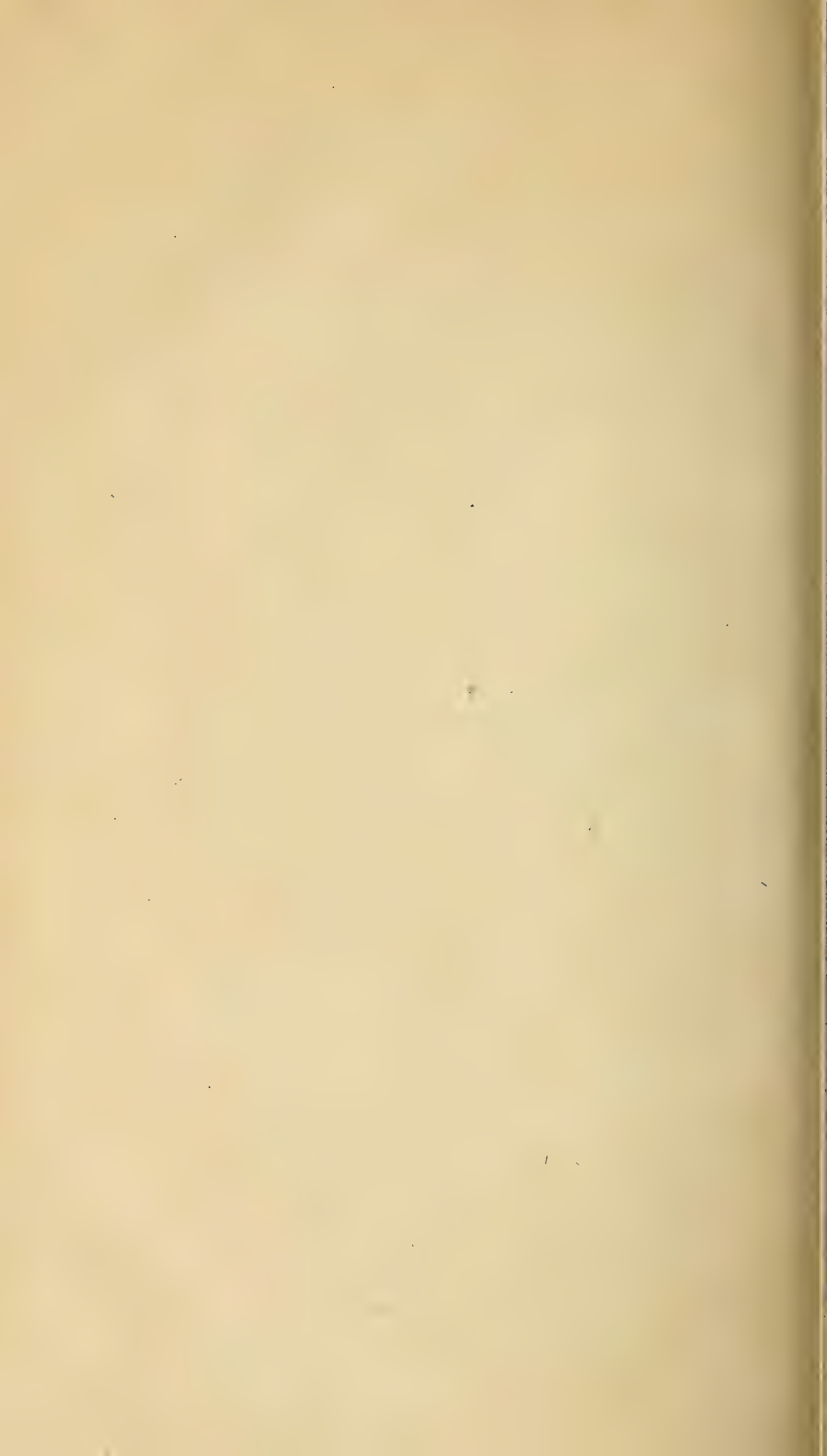
§ 14. Der Besitz.

# Verbesserungen.

| Seite | | Zeile | | |
|---|---|---|---|---|
| Seite | 9 | Zeile | 12 v. o. | statt: und dieses l. und diese. |
| „ | 14 | „ | 10 v. u. | „ de consuit l. de consuet. |
| „ | 15 | „ | 5 v. u. | „ der Juhalt l. den Inhalt. |
| „ | 32 | „ | 12 v. u. | ist das Komma nach civilis zu streichen. |
| „ | 32 | „ | 1 u. 2 v. u. | statt vgl. die Lehre von dolus und bona fides im Cap. 5. l. vgl. S. 179 u. 180. |
| „ | 83 | „ | 2 u. 3 v. o. | sind die Worte „vgl. fünftes Cap." zu streichen. |
| „ | 83 | „ | 3 v. u. | statt: vgl. das fünfte Cap. l. das Nähere im Obligationenrecht. |
| „ | 89 | „ | 16 v. u. | „ in l. in. |
| „ | 98 | „ | 8 v. u. | „ judici l. judicii. |
| „ | 101 | „ | 5 v. u. | „ dolos l. dolos. |
| „ | 103 | „ | 2 v. u. | „ furtium l. fustium. |
| „ | 108 | „ | 11 v. u. | „ effigiunt l. effugiunt. |
| „ | 118 | „ | 7 v. v. | „ cognatis l. cognatio. |
| „ | 150 | „ | 9 v. u. | „ Stellung l. Stelle. |
| „ | 189 | „ | 15 u. 16 v. o. | statt: da muß entweder eins unausgeübt bleiben, oder beide müssen wirkungslos werden l. da muß eins unausgeübt bleiben, wenn das andere schon ausgeübt worden ist. |
| „ | 222 | „ | 22 v. v. | statt: ob l. ob. |
| „ | 223 | „ | 6 v. u. | „ dilictischen l. delictischen. |
| „ | 228 | „ | 12 v. o. | „ ihm l. ihn. |
| „ | 335 | „ | 11 v. o. | „ Inaedifiication l. Inaedification. |
| „ | 370 | „ | 22 v. o. | „ vileamus l. videamus. |

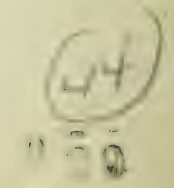


Gedruckt bei Hammerich und Lesser.

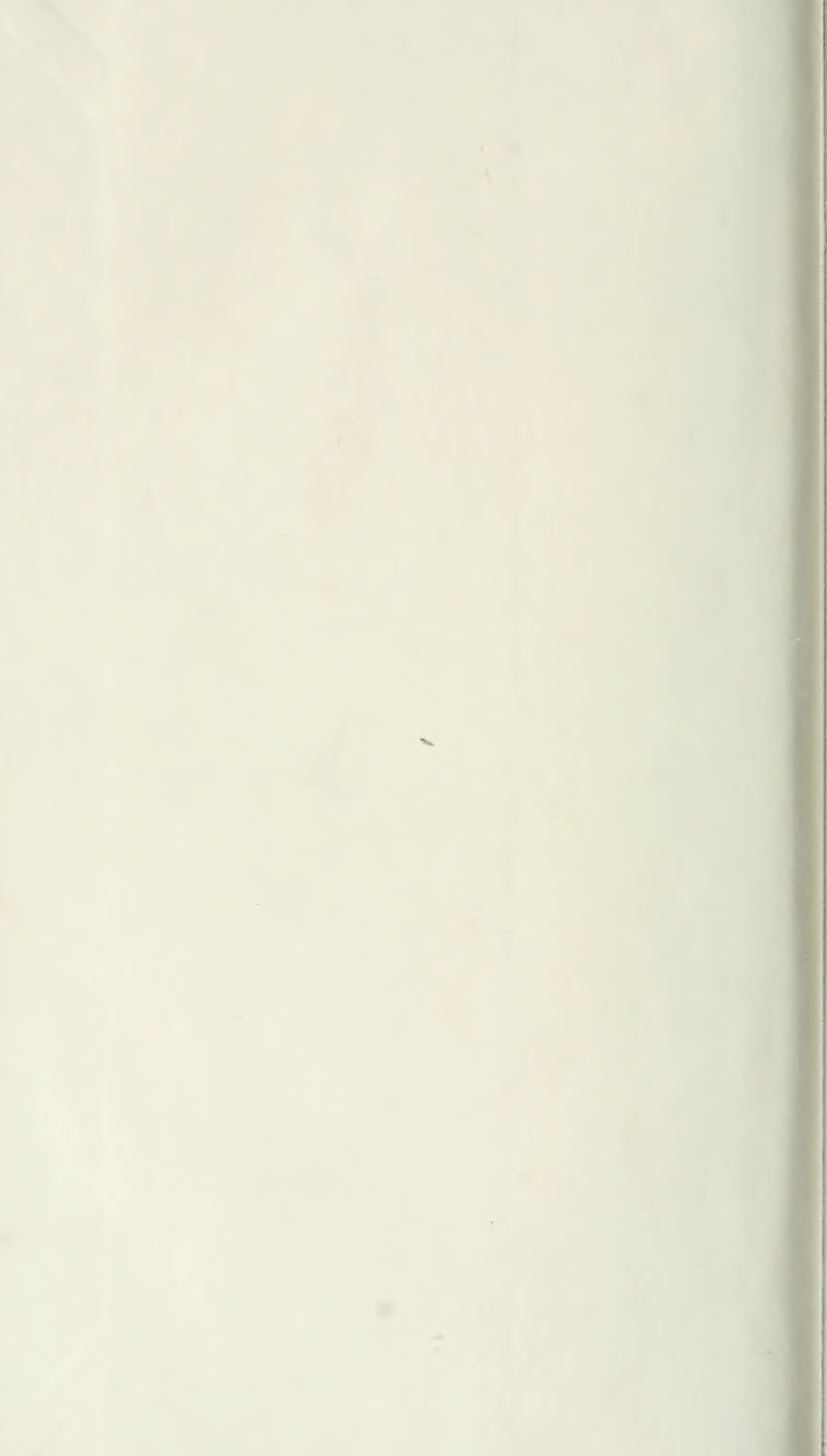


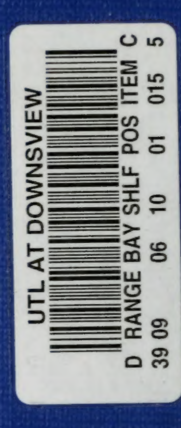











UTL AT DOWNSVIEW
D RANGE BAY SHLF POS ITEM C
39 09 06 10 01 015 5